

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**JULIANA PONDÉ FONSECA**

**O (DES)CONTROLE DO ESTADO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO:  
direito e política em processo**

CURITIBA

2015

**JULIANA PONDÉ FONSECA**

**O (DES)CONTROLE DO ESTADO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO:  
direito e política em processo**

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2015

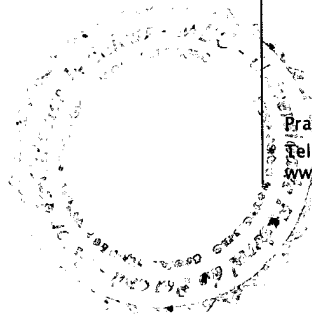


MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
"SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
Programa de Pós-graduação em Direito

Ata da reunião da Comissão Julgadora da Tese apresentada pela doutoranda **Juliana Pondé Fonseca**, realizada no dia dezessete de agosto de dois mil e quinze, às quatorze horas.

No dia dezessete de agosto do ano de dois mil e quinze, às quatorze horas, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR – 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Tese apresentada pela doutoranda **Juliana Pondé Fonseca**, sob o título **"O (DES)CONTROLE DO ESTADO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: DIREITO E POLÍTICA EM PROCESSO"**. Comissão esta constituída pelos Professores Doutores Sérgio Cruz Arenhart (Orientador-Presidente/UFPR), Susana Henriques da Costa (USP), Eduardo Talamini (UFPR), José Rodrigo Rodriguez (UNISINOS) e Egon Bockmann Moreira (UFPR) respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou o Senhor Presidente que o exame inicia-se com a exposição sumária pela doutoranda, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Tese, em seguida cada examinador arguirá a doutoranda, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a arguição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, a doutoranda foi argüida sucessivamente pelos Professores Doutores Sérgio Cruz Arenhart, Susana Henriques da Costa, Eduardo Talamini, José Rodrigo Rodriguez e Egon Bockmann Moreira. Em seguida, o Senhor Presidente suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Tese, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pelo Senhor Presidente, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Tese, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: Sérgio Cruz Arenhart, 10,00 (dez inteiros), Susana Henriques da Costa, 10,00 (dez inteiros), Eduardo Talamini, 10,00 (dez inteiros), José Rodrigo Rodriguez, 10,00 (dez inteiros), Egon Bockmann Moreira, 10,00 (dez inteiros), resultando a média 10,00 (dez inteiros), equivalente ao conceito A. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a sessão encerrada pelo Senhor Presidente, o qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Vanessa Sayuri U. Hoshina, Auxiliar em Administração, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.

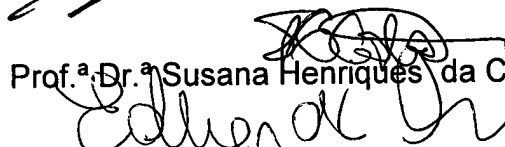
Praça Santos Andrade, 50 – 3º Andar  
Tel.: (41) 3310-2685 e 3310-2739  
[www.ppgd.ufpr.br/](http://www.ppgd.ufpr.br/)



## PARECER

A Comissão Julgadora da Tese apresentada pela doutoranda **Juliana Pondé Fonseca**, sob o título **O (DES)CONTROLE DO ESTADO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: DIREITO E POLÍTICA EM PROCESSO**, após arguir a candidata e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-la por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

  
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart - 10,00 (dez inteiros)

  
Prof.ª Dr.ª Susana Henriques da Costa - 10,00 (dez inteiros)

  
Prof. Dr. Eduardo Talamini - 10,00 (dez inteiros)

  
Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez - 10,00 (dez inteiros)

  
Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira - 10,00 (dez inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Doutor em Direito à candidata Juliana Pondé Fonseca**.

É o parecer.

Curitiba, 17 de agosto de 2015.



*Para Kazu*

*“For every wish upon a star that goes unanswered in the dark*

*There is a dream I’ve dreamt about you”*

## AGRADECIMENTOS

*“Era pra ficar no chão, deu pé, decolou. Era pra ter sido em vão, como é que durou? Era pra ficar ali, e por aí caminhou”<sup>1</sup>*

Minha existência é norteada pelas pessoas à minha volta. Só sou quem sou e faço o que faço em virtude delas. O meu caminho é construído em convivência. Se durou, se caminhou ou se decolou, foi por causa das pessoas que fazem parte da minha vida. Por isso, sou grata e tenho muitos a quem agradecer.

Agradeço aos meus pais, Augusto e Silvia, por todo o amor, pela crença ilógica e incansável em mim depositada e pelo incentivo, que sempre veio e sempre vem sem qualquer questionamento. A Victor e Luciana, meus irmãos, meus eternos parceiros e meus maiores cúmplices, pelo amor e apoio em quantidades igualmente cavалares: aprendemos bem com nossos pais a amar intensamente e acreditar incansavelmente uns nos outros. Tudo o que faço nessa vida é para vocês.

Agradeço à minha avó Dirce, fonte de inspiração e símbolo de força. Ninguém merece mais o adjetivo arretada que ela, engenheira, mãe de cinco filhos, avó de oito netos, estilista e apreciadora das coisas boas da vida. Minha vó se foi durante a fase final de escrita da tese e deixou muitas saudades. Restou-me um déjà-vu desagradável, já que minha avó Rhéa se foi enquanto eu terminava minha dissertação de mestrado. Fica o agradecimento a essas duas mulheres que muito me ensinaram e a quem amei demais.

Também recebi todo o apoio dos meus irmãos de vida – Jean, Mariana e Silvia – e dos meus sogros, Amélia e Alexandre: muito obrigada por tudo e desculpem a ausência nos últimos tempos.

Por fim, à última dos meus sábios amados: obrigada, Tia Iaiá, pelo amor incondicional, por achar graça nas minhas espezitadices desde sempre, pelas preces diárias e por ser meu exemplo de vida bem vivida e alegria inabalável.

*“Era pra ser menos sério, mais cara de pau. Era para ser só nuvem, precipitou. Podia não ter dado em nada, então como é que virou?”*

Dentre tantos essenciais para a minha vida, algumas pessoas foram ainda mais essenciais em relação a esse trabalho e me deram de presente várias doses de inspiração,

---

<sup>1</sup> Trechos de “Virou”, música de Tulipa Ruiz.

apoio e cuidado. Por causa deles, precipitou e virou. À Júlia Franzoni, que voltou para Minas e me deixou aqui, para escrever essa tese sozinha; mas voltou só para me ajudar a achar o fio da meada perdido e a lembrar dos motivos que me levaram a começar a escrever o trabalho. Obrigada, e viva o pão de queijo com vatapá. Agradeço à minha liga da justiça particular: tive a sorte de poder contar com pessoas incríveis como meus revisores. Suas palavras de incentivo (e as correções!) foram vitais, especialmente porque a aprovação de amigos talentosos tem o (super)poder de acalmar até os mais aflitos. Obrigada Paula Pessoa Pereira, minha conterrânea querida; Marcella Pereira Ferraro, também apaixonada por alguns dos temas dessa pesquisa e parceira na indignação (alguém!); e Luiz Henrique Krassuski Fortes, que de padawan não tem nada.

*“Varia o jeito de olhar, varia o jeito de ser.”*

Às minhas amigas de toda a vida, que me acompanham em todas as dores e alegrias: Monica Corso, Paola Falleiros, Patrícia Reis e Carmen Miranda. Agradeço também a Carolina Barbosa, amiga desde e para sempre.

Ao amigo Alfredo Andreazza Dal Lago, pelo mais entusiasmado dos apoios. Ao Henrique Soares de Souza, pela ajuda e pelo incentivo. Ao Thiago Paes, pelas conversas geniais. À Dra. Edna Fujika Uenaka, salvadora de vidas.

Aos membros do amado GADA, Micheli Iwasaki, Danielle Wobeto, Giovanna Milano, Máira Fonseca e Daniel Wunder Hachem, que fizeram falta nos momentos de desespero, dessa vez não compartilhado, mas que sempre estão presentes na minha vida. Sem vocês a vida teria bem menos graça. Ao Felipe Bley, que se mudou para o outro lado do oceano e deixa (sempre no presente) saudades.

Ao Bruno Lorenzetto e à Kelly Vieira, por partilharem de sonhos e dúvidas. Ao Thiago Hoshino, pelo apoio, pelos causos e pelo axé. Ao amigo Ricardo Alexandre da Silva, pela torcida e pelo apoio. Ao amigo William Pugliese, que desertou mas está desculpado. A todos do Instituto Atuação, pela compreensão e paciência.

Às minhas queridas boas, sempre presentes: Heloisa Caggiano, Beatriz Lauffer, Fabiane Tessari, Cassiana Cardoso, Bruna Greggio, Karina Banhuk, Adrianna Santos, Keeity Braga, Fernanda Seger e Helena Cardoso.

*“Varia a hora e o lugar”*

Parte da minha pesquisa foi feita na Yale Law School, como Visiting Researcher sob a orientação do Professor Owen Fiss – foi um privilégio e uma honra ser orientada por ele. Seus conselhos foram mais que valiosos. Sou e serei sempre extremamente grata.

Agradeço também às pessoas incríveis e geniais que conheci em New Haven, em especial Els Vandensande, Katrien Morbée, Roma Zinigrad, Roberto Cugnasco, Leora Dahan Katz e Rafael Koatz. À Gisela Mation e Thomaz Pereira, pela ajuda até mesmo antes de nos conhecermos e pela amizade. Um muitíssimo obrigada à querida Melanie Wahl e ao incrível Flávio Prol. À Mira Koerber, pela companhia e pelo carinho.

Fica também um agradecimento à CAPES, pelo financiamento de toda a pesquisa do doutorado, mas, principalmente, pelo Programa Doutorado Sanduíche no Exterior.

Agradeço, enfim, aos meus professores. Ao meu orientador, Sérgio Cruz Arenhart, pela segunda orientação, pela compreensão, pelo incentivo e pelos conselhos. Obrigada, principalmente, pela liberdade – e pela paciência.

Ao professor e amigo Egon Bockmann Moreira, pelas palavras de sabedoria, pela confiança em mim depositada e pelo incentivo, que é mais que valioso.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, em especial aos Professores Clèmerson Merlin Clève, Celso Luiz Ludwig e Cesar Antonio Serbena, pelo apoio e pela crença no meu trabalho. Ao Professor Rodrigo Kanayama, por responder dúvidas até pelas redes sociais. Ao Professor Luiz Guilherme Marinoni, pelos escritos que inspiraram minha pesquisa e pelos valiosos conselhos na banca de qualificação.

Aos professores Vera Karam de Chueiri e José Rodrigo Rodriguez, também pelos conselhos e sugestões na banca de qualificação: espero ter resolvido todos os problemas brilhantemente apontados.

Agradeço aos servidores e servidoras da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, em especial aos do Programa de Pós-Graduação, pela atenção e zelo; e também à amiga Paula Carina de Araújo, da biblioteca de ciências jurídicas. Por fim, ao Emerson e Elaine, pela simpatia dos últimos seis anos.

Agradeço também aos profissionais com quem tive o prazer de conversar e que dedicaram um pouco do seu tempo para responder minhas perguntas. Aos Procuradores do Estado do Paraná Cristina Leitão Teixeira de Freitas e Celso Silvestre Grycajuk; e também à



Professora Leila Cuéllar. À Juíza Federal Luciana da Veiga Oliveira – muito obrigada. Ao Procurador de Justiça do Estado do Paraná Marco Antonio Teixeira.

Durante o doutorado, tive o privilégio de lecionar na graduação da Unibrasil e nas Faculdades Estácio, e em alguns cursos de pós-graduação. Agradeço aos estudantes – muitos de vocês ficarão na minha memória para sempre. Obrigada pelos seus ensinamentos e pela paciência com uma professora em treinamento (por tempo indeterminado).

Por fim, ao dono dessa tese – já que a ele ela é dedicada. Obrigada, Kazu, por todo o amor, todo o carinho e toda a compreensão, tão necessários para a conclusão do trabalho. Obrigada por me ajudar a domar meu caos e por me dar um pouquinho da sua serenidade. Mil vezes obrigada por tomar meus sonhos como se fossem seus: é por isso que esse trabalho é para você. Afinal, *“só não varia você”*.

*“Ouça um bom conselho  
Que eu lhe dou de graça  
Inútil dormir que a dor não passa  
Espere sentado  
Ou você se cansa  
Está provado, quem espera nunca alcança”*  
Chico Buarque

*“A farinha tem seu dia de feijão”*  
João Guimarães Rosa

## RESUMO

Embora os limites entre direito e política sejam inapreensíveis, o mundialmente aceito diagnóstico de judicialização da política questiona a legitimidade da atuação política das cortes. A presente tese apresenta um contra-diagnóstico em três partes. A primeira é a crítica dos instrumentos, afirmando que os mecanismos falhos de controle do Judiciário na verdade convidam os juízes a tomarem decisões políticas. A crítica do discurso questiona as duas premissas do diagnóstico e revela o paradoxo por trás dele: ao mesmo tempo em que enaltece o fim de uma concepção formalista/legalista do direito, requer o retorno de uma compreensão idealizada do princípio de separação de poderes e a total separação das atividades de criação e aplicação do direito. O diagnóstico oculta a disputa continuada e procedimentalmente estabelecida pelo poder de dizer o direito; e também ignora o contexto brasileiro. A crítica da cegueira contextual expõe a desconsideração da postura do Estado, que viola direitos, é o maior litigante do país e descumpra decisões judiciais. A aceitação desse diagnóstico impede o controle dessas práticas pelo Judiciário. Em face do contra-diagnóstico, foram elaboradas apostas factíveis que procuram garantir a efetividade desse controle, constituindo-se em propostas de *lege lata*. Aposta-se na preeminência do processo coletivo, que garante que o tratamento isonômico dos cidadãos em face das condutas estatais abusivas, permite a discussão de questões de macrojustiça e possibilita a participação de todos os afetados. Aposta-se na preferência pela tutela específica em face do Estado por três razões distintas. Aposta-se também na reforma estrutural como forma de controle de instituições burocráticas que adotam práticas violadoras de direitos. Estabelece-se assim que o Judiciário é um espaço de discussão política e que reconhecimento das falhas no funcionamento dos três poderes demanda o incentivo das práticas de controle que podem ser usadas entre eles.

Palavras-chave: Judicialização da política. Separação de poderes. Estado brasileiro. Processo coletivo. Reforma estrutural.

## **ABSTRACT**

Though the limits between law and politics are inapprehensible, the worldwide-accepted diagnostic of the judicialization of politics demands courts to steer away from political matters. This dissertation develops an anti-diagnostic in three parts, the first one being the critique of the instruments, for the flawed techniques applied to control the political activity of the Judiciary are in fact inviting the judge to make political judgments. The critique of the discourse questions the two premises of the diagnostic and revealing the paradox behind it: while celebrating the end of a legalist concept of law, it urges the comeback of an idealized concept of the principle of separation of powers and the complete separation of making and applying the law. The diagnostic hides the continuous and procedurally established dispute on the power of defining law. The critique of conceptual blindness states that the judicialization of powers ignores the conducts of the Brazilian government, which violates rights, is the biggest litigant in the country and disrespects judicial orders. The acceptance of the diagnostic obstructs the control of such practices via the Judiciary. To avoid such scenario, some proposals were developed. The proposals state the primacy of collective procedure in these cases, for it guarantees all citizens receive equal treatment in face of the irresponsible conducts of the government, allows the discussion of macrojustice issues and enables the participation of all affected parties. They also affirm the preeminence of injunctive relief, for money judgments are not effective against the Brazilian government. Structural injunctions are considered the only way to address the bureaucratic institutions, which violate the citizens' rights on a regular basis. Such proposals were developed according the feasibility criterion and try to define the courts as a space of political dispute.

Key words: Judicialization of politics. Separation of powers. Brazilian government. Collective procedure. Structural reform.

## SUMÁRIO

<b>Considerações Iniciais .....</b>	<b>1</b>
<b>Excurso 1: Política e Direito .....</b>	<b>8</b>
<b>Capítulo 1 - (Des) Controle e (In)Disciplina: As Amarras Frouxas do Judiciário Brasileiro .....</b>	<b>27</b>
1.1. Judicialização da política, (des)controle, (in)disciplina.....	27
1.2. O cenário brasileiro: judicializando a Constituição .....	34
1.3. As amarras políticas disfarçadas.....	39
a) O Judiciário como legislador negativo.....	39
b) Estabelecimento de critérios objetivos (caso específico do direito à saúde) ....	41
c) Critérios elaborados pela doutrina: a reserva do possível e o mínimo existencial .....	45
d) A deferência à Administração e a ausência de conhecimento técnico.....	52
1.4. Uma proposta: o direcionamento ao processo coletivo .....	58
a) Micro e macrojustiça.....	58
b) O processo coletivo em um sistema processual individualista .....	61
c) Processo coletivo? .....	68
d) Inefetividade e risco.....	72
<b>Capítulo 2 – Curto-Circuito Discursivo: os Equívocos do Diagnóstico de Judicialização da Política.....</b>	<b>76</b>
2.1. “A história a meu serviço”.....	77
a) O direito contemporâneo em oposição ao legalismo/formalismo.....	79
b) Supremo Tribunal Federal passivo e ativo .....	85
2.2. Em busca do inapreensível .....	95
2.3. Separação de poderes: decisão-direito e lei-política .....	107
a) Juiz v. legislador: indicadores de complexidade.....	107
b) Os três poderes e o direito: política .....	112
<b>Capítulo 3 - O Palco e o Protagonista: o Estado Brasileiro em Cena.....</b>	<b>121</b>
3.1. O Estado-vilão: violador de direitos .....	123
3.2. O Estado-pródigo: maior litigante do país .....	126
3.3. O Estado-inconsequente: descumpridor de decisões .....	132
<b>Excurso 2: Potencialidades e Apostas.....</b>	<b>140</b>
<b>Capítulo 4 - Primeiro, o Processo Coletivo.....</b>	<b>147</b>
4.1. Por que apostar no processo coletivo? .....	147
4.2. Afinal, o que são direitos coletivos? .....	149

4.3. Categorias em repouso: definições em texto de lei.....	154
4.4. Categorias em movimento: definições que se convertem em restrições.....	167
4.5. Dobrando as categorias: a flexibilização como aposta .....	173
a) Nem indivíduo, nem sociedade .....	173
b) Reinterpretar categorias para tutelar direitos .....	176
c) Aplicando a flexibilização contra o Estado.....	180
<b>Capítulo 5 – Apostas em Processo: Direito, Política e seus Instrumentos.....</b>	<b>184</b>
5.1. Preeminência do processo coletivo na litigância contra o Estado .....	184
a) Apostas, preocupações e fundamento legal .....	184
b) Isonomia e processo coletivo: o ideal e o real .....	186
c) A macrojustiça entre o risco e a potencialidade.....	195
5.2. Preferência pela tutela específica.....	200
5.3. Reforma estrutural .....	205
a) Reformando instituições violadoras de direitos .....	205
b) A implementação de políticas públicas impopulares.....	215
5.4. Poder executivo do juiz.....	219
5.5. Por último, os precatórios .....	228
<b>Excursão 3: O Imaginado Concreto.....</b>	<b>236</b>
<b>Fronteiras: Considerações Finais.....</b>	<b>250</b>
<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>257</b>
<b>Anexo .....</b>	<b>274</b>
<b><i>Consent decree</i> do caso <i>U.S. v. Delaware</i>.....</b>	<b>274</b>

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

*“Help the poor, won't you help poor me  
Have a heart won't you baby listen to my plead  
I need you so much, I need your care  
Need all the loving baby you can spare  
Help the poor, oh baby, won't you help poor me”<sup>2</sup>*

João tem problemas com o peso desde criança. Sofreu durante a adolescência com as piadas dos colegas e descontou toda a raiva na comida. Foi nessa época que decidiu não ligar mais para o próprio tamanho e comer o que quisesse, sempre que quisesse. Ignorou os apelos da família e dos amigos, fingiu não ouvir os alertas dos médicos. Até que suas escolhas começaram a complicar de verdade a sua vida. Diagnosticado como obeso mórbido, as piadas agora eram a menor fonte de sofrimento de João, que tem diabetes, hipertensão e gastrite. Os médicos afirmam a necessidade de fazer uma cirurgia bariátrica, mas é preciso perder muito peso antes da operação. João não acredita que consiga perder os quilos necessários, até que um amigo lhe sugere passar um tempo em um spa. “Mas isso custa muito dinheiro”, mas logo surge a ideia de processar o Estado. Afinal, ele paga seus impostos. Deveria ter direito a fazer a cirurgia pelo SUS. O SUS, na verdade, deveria ter um spa público. Além disso, a obesidade é um problema global e hoje existem mais obesos que famintos no Brasil. Advogado contratado, valores iniciais pagos conforme o combinado, João logo recebe a notícia que o juiz concedeu o que havia pedido antecipadamente. O Estado recorre, mas o Tribunal de Justiça entende que João tem direito a ir ao spa para perder peso e à realização da cirurgia. Tratam-se apenas de consequências do seu direito à vida, à saúde e a receber tratamento digno. Outros tantos obesos do Estado e do Brasil, ao contrário, não têm o mesmo direito. Afinal, o SUS ainda não providenciou nenhum spa público. Os outros que contratem seus advogados.

\*\*\*

Maria sabe, por experiência própria, da importância de unir as pessoas em torno de causas comuns. Ela valoriza muito cada objetivo alcançado através dessa união, mas são tanto os sucessos quanto os fracassos que a fazem seguir buscando reunir as pessoas da sua comunidade. Quando a Prefeitura convoca audiências públicas para a revisão do plano diretor da cidade, ela já começa a organizar as demandas de todos para poder participar. Surpreende-se ao saber que serão realizadas somente quatro audiências sobre o plano diretor em si, em um só local, pois sabe que elas precisam ser realizadas em cada regional. Ela sabe que não conseguirá chegar a tempo a nenhuma delas, pois mora e trabalha longe do centro. Ao tentar obter informações sobre a proposta, descobre que apenas parte dela está disponível na internet. Maria procura a ajuda de uma advogada popular e descobre que o projeto de lei vai contra várias determinações do Estatuto das Cidades. Elas procuram os líderes dos movimentos que conhecem e expõem o caso a uma organização não governamental que trabalha com direito à cidade, que acaba ajuizando uma ação civil pública juntamente com uma associação. Eles conseguem

---

<sup>2</sup> “Help the poor”, por B.B. King (composta por Charles Singleton). Qualquer tradução para o português arruinaria o trocadilho entre “the poor”, que pode se referir a “os pobres” ou a “o pobre”, e a súplica para ajudar “poor me” (algo como “pobre de mim”).

suspender a tramitação do plano na Câmara Municipal e alguns movimentos sociais fazem questão de participar do processo oficialmente, admitidos como assistentes. Ao final, a sentença ordena a Prefeitura a elaborar um novo projeto. A Câmara resolve recorrer da decisão e são justamente os movimentos que elaboram o recurso adesivo.

\*\*\*

Joana representa o grupo de moradores do qual faz parte em um movimento que une 20 comunidades diferentes que estavam sob ameaça de serem removidas de suas casas para a construção de uma obra pública. O trajeto da obra, um veículo leve sobre trilhos, desvia de uma linha férrea já existente e de um terreno descampado, realizando uma curva acentuada para atingir as comunidades em cheio. As cinco mil famílias que vivem na área há mais de 50 anos começaram a ter problemas quando os encarregados de fazer o cadastro para a remoção apareceram acompanhados da polícia, intimidando a população. As propostas de indenização feitas aos moradores foram vergonhosas – apenas 7 mil reais, o que não era suficiente para conseguir um outro lugar para morar. A única opção era o reassentamento em um local distante. Joana e outros buscaram o apoio da Defensoria Pública, que ajuizou uma ação civil pública e conseguiu, antecipadamente, uma ordem impedindo que as famílias fossem retiradas antes de receber uma indenização justa. O governo do estado teve que ajuizar uma ação cautelar para conseguir acesso a algumas das comunidades para seguir com o cadastro, pois os moradores se uniram e resolveram boicotá-lo. Joana pensa que é no mínimo irônico que VLT deveria ter ficado pronto um ano antes da Copa: a obra atrasou, é claro, e foi abandonada pela metade alguns meses antes da festa do futebol.

\*\*\*

As histórias são fictícias, mas os casos são reais.<sup>3</sup> Elas retratam o que é comumente chamado de “judicialização da política”, em três perspectivas diferentes. A análise desse fenômeno, que nas últimas décadas foi caracterizado como global ou mundial, questiona a legitimidade dos tribunais para interferir em assuntos políticos, pois entende-se que deveriam ser exclusivamente discutidos pelos poderes Legislativo e Executivo, democraticamente eleitos.

Das três histórias, é a primeira que motiva o diagnóstico de judicialização, pois é ela que promove o tratamento desigual entre os cidadãos frente a um Estado que

---

<sup>3</sup> 1) TJPR - 4ª C.Cível - AI - 944448-6 - Bandeirantes - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima - Unânime - - J. 13.11.2012.

2) ACP 837/053.08.111161-0, originariamente na 5ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, sentenciada em 2010. O recurso de apelação da Câmara Municipal, na condição de terceiro interessado, não foi conhecido em primeiro grau mas foi admitido após a interposição de agravo de instrumento 0034342-57.2011.8.26.0000, julgado em fevereiro de 2015. A apelação não foi julgada e o projeto de lei continua com tramitação suspensa. Outra revisão do plano diretor encontra-se em discussão.

3) ACP 0178393-19.2011.8.06.0001, que ainda tramita na 9ª Vara da Fazenda Pública do Ceará. Um agravo de instrumento interposto pelo governo do estado também aguarda decisão.



não pode efetivar o mesmo direito afirmado no processo para todos. As duas últimas, entretanto, demonstram que o Judiciário é utilizado pela população como forma de reivindicar seus direitos frente a atitudes abusivas do Poder Público. A judicialização, entretanto, não comporta essas nuances. A política deve estar fora dos tribunais – e o proverbial bebê acaba sendo jogado fora juntamente com a água do banho.

A presente tese pretende realizar uma análise crítica desse diagnóstico, principalmente em consideração ao contexto em que ela se insere no Brasil, e a defender o potencial controle do Estado pelas cortes. Acredita-se que o Poder Judiciário já é um espaço de discussão política e que, para além de reconhecer essa caracterização, é necessário enfatizar o potencial do processo coletivo tanto para efetivar o controle de práticas estatais violadoras de direitos quanto para promover um debate eficiente e democrático que permita a participação da sociedade.

A análise se insere em um contexto particular e considera a postura do Estado brasileiro frente à população. O Poder Público, aqui, frequentemente viola os direitos dos cidadãos e se recusa a corrigir tais atos, esperando que sejam ajuizadas inúmeras ações contra as condutas violadoras. As ações são sempre inúmeras porque mesmo que o Judiciário decida pela ilegalidade e/ou inconstitucionalidade dos atos, eles seguem sendo praticados em relação às demais pessoas que não se dirigiram aos tribunais ou que ainda não obtiveram uma decisão favorável. Essa postura se repete infinitamente, levando à caracterização do Estado como maior litigante do país. Além disso, ele frequentemente descumpre decisões judiciais, valendo-se principalmente do regime de precatórios que, embora não seja visto como forma de desrespeito às decisões jurisdicionais, relega-as à mais absoluta ineficiência.

Esse contexto, entretanto, é frequentemente colocado em segundo plano pelos autores que tratam da judicialização da política e que pedem pelo exercício da autocontenção pelos juízes. Não são comuns as análises que consideram o Estado brasileiro em concreto, não só para atentar para a sua limitada capacidade em promover a efetivação dos direitos estabelecidos na Constituição, mas para avaliar as possíveis consequências da aceitação unilateral desse diagnóstico frente às condutas estatais violadoras de direitos.

Frente a decisões como a da primeira história, os juristas enfatizam que o Estado não é uma fonte inesgotável de recursos e que cada efetivação de direito fundamental em um processo que judicializa questões políticas. A maior preocupação é, portanto, salvar o Poder Público dos provimentos abusivos. Mas essa intenção faz parte de um cenário maior de cuidados com o Estado, do qual também fazem parte uma série de prerrogativas processuais e de restrições, como o sistema de precatórios. A todo o tempo se está salvando e resguardando o Poder Público.

A presença absurda do Estado no Judiciário tampouco foi considerada na elaboração de um Novo Código de Processo Civil, que tem como um de seus objetivos tornar os processos mais eficientes, defendendo a necessidade de se adotar uma postura pragmática que trouxesse maior funcionalidade às regras processuais. Apesar desse objetivo declarado, o NCPC não considera a atuação (e as consequências dessa atuação) de nenhum dos litigantes habituais do país, nem reduz os privilégios e prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

Frente a essas duas constatações, a análise crítica aqui proposta será realizada sob três perspectivas distintas. Primeiramente, serão analisados os instrumentos criados com o objetivo de promover o controle da atividade política do Judiciário, com suas respectivas falhas. Esses instrumentos, além de padecerem de problemas internos, na verdade promovem exatamente o que se deseja controlar, pois a grande maioria deles convida os magistrados a realizarem juízos igualmente políticos, mas sob uma perspectiva unilateral. Essa crítica é chamada de *crítica dos instrumentos* e corresponde ao primeiro capítulo.

Em segundo lugar, será criticado o diagnóstico em si e o discurso que o fundamenta. Esse discurso baseia-se em duas premissas: a) a atividade política é estranha ao funcionamento das cortes, que passaram a desempenhá-la após a Constituição de 1988 e a partir de uma nova concepção de direito, que vai além da “mera aplicação da lei”, representando um rompimento com o passado; e b) é possível separar direito e política e impedir que as cortes incorram nas atividades dos poderes democraticamente eleitos através do estabelecimento de limites à sua atuação. Demonstra-se que ambas são insustentáveis e que a judicialização da política, paradoxalmente, enaltece as concepções contemporâneas do direito mas insiste na

idealizada separação absoluta entre os três poderes, que se baseia na completa divisão das atividades de criar e aplicar o direito. Essa insistência no “retorno” oculta a disputa continuada e procedimentalmente estabelecida pelo poder de dizer o direito. A *crítica do saber* é exposta no segundo capítulo do trabalho.

No terceiro capítulo, trata-se da *crítica da cegueira contextual*, ou seja, da pouca relevância atribuída à postura concreta do Estado no diagnóstico de judicialização. Entende-se que o sistema de tripartição de poderes assumiu um caráter *sui generis* no Brasil, que o afasta da própria razão de ser da criação de tal sistema: a de possibilitar o controle dos atos de um poder pelo outro. Aborda-se o ciclo vicioso que é formado pelo Poder Público violador-litigante-descumpridor, e que é mantido através do Judiciário.

A partir dessas três críticas, foram elaboradas apostas que podem ser desenvolvidas em um cenário de justificada desconfiança do Estado. Fala-se em apostas, e não em soluções, porque elas se inserem em uma realidade complexa e contingente; e porque consideram as limitações das instituições públicas envolvidas no ciclo vicioso estatal. Além disso, as propostas/apostas concentram-se nas melhores alternativas do real e, por isso, são todas de *lege lata*. Esses dois aspectos – a consideração das impossibilidades e das potencialidades existentes – são exigências da factibilidade, critério que norteia não só a avaliação encontrada nessa tese, como todos os trabalhos de pesquisa anteriormente elaborados.

Enfatiza-se que essa tese não é uma defesa do protagonismo do Judiciário e que não se acredita que os tribunais são a salvação do país. O Judiciário tem seus próprios problemas, que tampouco podem ser ignorados.

As mencionadas apostas são abordadas nos capítulos 4 e 5. No primeiro deles, defende-se a preeminência do processo coletivo como meio de controle, evitando também a sua idealização. Parte-se das dificuldades enfrentadas pela tutela coletiva, tratando principalmente das limitações causadas pelas definições legais de direitos coletivos e sua divisão em três categorias. As três padecem de contradições internas que se traduzem em restrições à tutela coletiva ao serem aplicadas e, por isso, a flexibilização dessas categorias faz-se necessária para que o processo coletivo possa superar o risco e a inefetividade que o caracterizam atualmente.

No quinto capítulo, será abordado primeiramente o potencial do processo coletivo para tratar de questões de macrojustiça, ressaltando que a efetividade dessa abordagem depende da ampliação da ideia de participação no processo. A seguir, serão expostas considerações e propostas para a efetividade do controle de práticas violadoras de direitos pelo Estado, como a preferência pela tutela específica, além de uma avaliação do poder executivo do juiz frente o Poder Público.

Nesse capítulo também são abordadas as medidas estruturais, que realizam a reforma de instituições burocráticas para impedir que sigam violando os direitos dos cidadãos. Elas podem ser a única resposta a essas violações, devido à baixa probabilidade de que elas sejam reformadas pelo Executivo ou Legislativo e à manutenção de suas práticas apesar das trocas de governo.

As reformas estruturais foram objeto de pesquisa em período de doutorado sanduíche na Yale Law School, sob a orientação do Professor Owen Fiss. Sua influência pode ser sentida não só na abordagem das *structural injunctions*, mas em todas as apostas em efetividade do trabalho, no caso abordado ao final e na análise das categorias de direitos coletivos brasileiros.

Além dos cinco capítulos, a tese contém também três excursos, que foram utilizados para permitir uma conversa mais direta e livre com o interlocutor e para possibilitar certas digressões. Eles possibilitam, assim, a quebra do ritmo de leitura técnica e conectam as diferentes partes do trabalho. O primeiro deles trata da distinção e da inapreensibilidade dos limites entre direito e política; o segundo, da aplicação do crivo da factibilidade; e o terceiro concretiza as apostas do trabalho, aplicando-as à efetivação do direito à saúde.

Convida-se, assim, à leitura da tese, em que se procurou assegurar o uso do processo coletivo como meio de controle das práticas estatais violadoras de direitos. Como as duas últimas histórias contadas demonstram, o Judiciário já é um espaço de discussão política e é utilizado pela população – inclusive pela parcela dela que mais sofre com as violações –, que se vale do processo como meio de participação e método de reivindicação de direitos.

Acredita-se que a adoção de uma postura não conformista em relação à realidade brasileira exige que sejam reconhecidas as falhas no funcionamento dos três

poderes do Estado; o que, por sua vez, demanda o fortalecimento das práticas de controle entre os três ao invés da sua atenuação.

## EXCURSO 1: POLÍTICA E DIREITO

A presente tese parte da premissa que os limites entre política e direito são inapreensíveis. Dessa forma, entende-se que qualquer tentativa de expurgar “matérias políticas” do Judiciário está fadada ao fracasso. Inapreensibilidade, entretanto, não é inexistência: direito e política não se confundem em uma congruência perfeita, mas travam entre si relações altamente complexas que impedem o estabelecimento de um limite rígido entre ambos.

A insistência na rígida separação entre as duas esferas acaba inevitavelmente numa compreensão simplista e artificialmente dicotômica da realidade. Além disso, qualquer tentativa de estabelecer um momento em que limites entre direito e política existiram e foram claros configura um ponto de partida ahistórico e idealizado. A imbricação parcial entre ambos é essencial (porque é de sua essência) e é revelada pela disputa, fundamentalmente política, pelo poder de dizer o direito.<sup>4</sup>

Nesse contexto, surge a necessidade de esclarecer o que se quer dizer por política.<sup>5</sup> A dificuldade e a complexidade do conceito impedem que ele seja definido de forma corriqueira, em um mero esclarecimento inicial (como esse). Incontáveis pensadores já se dedicaram à elaboração de um conceito de política, em diferentes épocas e partindo de diversas tradições, de modo que qualquer tentativa apressada de definição demonstraria ingenuidade e desconhecimento do tema.

Procura-se, aqui, portanto, *não definir política*. Ao invés disso, busca-se demonstrar a complexidade que possibilita a diversidade de definições para, ao fim, esclarecer o que se quer dizer ao afirmar que direito e política não são a mesma coisa, mesmo que as fronteiras entre o que é um e o que é outro não sejam nítidas.

---

<sup>4</sup> O ponto será trabalhado no capítulo 2.

<sup>5</sup> Acolhe-se aqui a recomendação da banca de qualificação e se explicita, logo de partida, a inquietude que impulsionou as reflexões.

Para demonstrar a diversidade de definições, toma-se a avaliação de um mesmo evento político por dois autores que não adotam a mesma definição de política, embora o segundo deles reinterprete a definição do outro (da outra, na verdade) em seu trabalho.<sup>6</sup> O evento escolhido, não por acaso, é retratado como um episódio de atuação política do Judiciário. A decisão de *Brown v. Board of Education*, proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, já foi interpretada das mais diversas maneiras, mas é basicamente consensual o entendimento de que a corte interferiu na política do país ao decidir um conflito apresentado a ela como jurídico. A decisão declarou que a política de segregação racial nas escolas públicas violava a Constituição, pois as instituições separadas para brancos e negros eram inerentemente desiguais.

A decisão, seus efeitos e a reação que ela provocou na sociedade (o famoso *backlash*) foram objeto de diversos estudos e análises. A primeira abordada aqui é a de Hannah Arendt, escolhida por ser provocativa e por divergir do entendimento dominante: ao invés de considerar que a corte havia se imiscuído no âmbito político (o que não lhe teria sido um problema), ela defendeu que a decisão representava uma invasão estatal na esfera social. A segunda interpretação é a de Bruce Ackerman, que dá um novo significado à atuação política da corte, caracterizando a decisão como parte de um dos momentos constitucionais da história estadunidense.

As interpretações distintas de *Brown*, contudo, não decorrem apenas da adoção de conceitos diferentes de política. O entendimento acerca do papel do Judiciário na sociedade, diverso para cada um dos autores, é o que diferencia, preponderantemente, as duas análises.

### ***Brown*: efeitos concretos e *backlash***

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Brown v. Board of Education*<sup>7</sup> (maio de 1954), decidiu que a política de segregação racial nas escolas do país era

---

<sup>6</sup> ACKERMAN, Bruce, **We the People: Foundations**, Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 204–209.

<sup>7</sup> Na verdade, *Brown* foi a consolidação de cinco casos de diferentes partes do país, unidos perante a Suprema Corte. Além disso, o caso foi arguido perante a corte pela primeira vez em dezembro de 1952, quando os magistrados pediram às partes que elaborassem mais argumentos acerca de pontos

inconstitucional por violar a décima-quarta emenda da Constituição. Mais precisamente, ela violava a *equal protection clause* (cláusula de proteção igualitária), que é uma das partes dessa emenda.<sup>8</sup> O julgado tem importância histórica por ter colocado um fim à doutrina do “*separate but equal*” (separados mas iguais), que havia sido estabelecida pela própria corte, em 1896 (*Plessy v. Ferguson*,<sup>9</sup> decisão que foi expressamente cassada – *overturned* – por *Brown*) e afirmava a possibilidade de segregação desde que as condições dadas a brancos e negros fossem idênticas. Em *Brown v. Board of Education*, foi declarado que tal doutrina não era cabível em relação à educação pública, pois a segregação nas escolas era inerentemente desigual e produzia efeitos perniciosos nas crianças.

Mas a corte não estabeleceu como as escolas deveriam ser de-segregadas:<sup>10</sup> prevendo que a decisão enfrentaria fortes objeções, requisitou a opinião das partes e dos *attorney generals* dos estados com leis segregacionistas acerca de seus planos para o cumprimento da decisão. A NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*), que era um dos autores, requereu de-segregação imediata e, alternativamente, pediu o estabelecimento de setembro de 1956 como prazo final para a de-segregação. Os estados, por sua vez, rejeitavam o estabelecimento de qualquer prazo para o cumprimento da decisão. O governo dos Estados Unidos, atuando como *amicus curiae*, opinou pela de-segregação mais rápida possível,<sup>11</sup> mas o presidente

---

específicos do caso. Ele foi novamente arguido em dezembro de 1953, e a decisão se tornou pública somente em 1954.

<sup>8</sup> A cláusula afirma que nenhum Estado negará a qualquer pessoa sob sua jurisdição a proteção igualitária das leis (parte final da primeira seção da 14ª emenda).

<sup>9</sup> *Plessy* afirmou a constitucionalidade das leis *Jim Crow*, como eram chamadas as leis que estabeleciam a segregação racial em todos os estabelecimentos públicos (e privados de atendimento ao público, como hotéis e restaurantes) nos estados do sul dos Estados Unidos.

<sup>10</sup> A palavra não existe na língua portuguesa, mas em inglês, *desegregation* indica exatamente “de-segregar”, parar de segregar. Algumas traduções usam o termo “integração”, mas ele é inadequado porque os dois termos têm significados distintos na discussão sobre os objetivos de *Brown*. Debate-se hoje se a decisão buscou apenas a de-segregação (acabar com a imposição legal de escolas segregadas) ou se quis ir além e gerar integração (promover escolas integradas, com alunos brancos e negros). MINOW, Martha, *What Brown awakened*, in: **In Brown’s wake: legacies of America’s educational landmark**, New York; Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 22–26.

<sup>11</sup> ROSENBERG, Gerald, *Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep-Seated Social Conflict through Litigation*, **Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice**, v. 24, n. 31, 2006, p. 32.



Eisenhower não apoiou o cumprimento forçado, pediu moderação e insistiu na efetivação pelas cortes locais, ao invés de comandada pela Suprema Corte.<sup>12</sup> Os representantes de alguns estados chegaram a afirmar, em conversas com os *Justices* (juízes da Suprema Corte), que não iriam cumprir nenhuma decisão acerca de de-segregação.<sup>13</sup>

Em maio de 1955, em *Brown II*, a corte estabeleceu que a de-segregação seria comandada pelas cortes federais locais e deveria ser realizada em ritmo cuidadoso – o tão devagar quanto necessário (“*with all deliberate speed*”). Em relação às instituições que eram rés, a de-segregação deveria começar o mais rápido possível (“*prompt and reasonable start*”), com a entrega dos planos para o cumprimento da decisão em noventa dias. Nota-se que não houve o estabelecimento de nenhum prazo para a concretização da decisão por outras escolas do país – essa foi uma concessão feita pela Suprema Corte em face da resistência à efetivação.

O cumprimento da decisão foi diferente em cada estado: em alguns, a de-segregação foi significativa, em outros não. Em Kentucky e Oklahoma, a porcentagem de negros que frequentavam escolas com alunos brancos aumentou de 0 (em 1954) para mais de 50% (em 1964). Oitenta e cinco escolas foram de-segregadas em três anos no Texas e no Arkansas. No Alabama, Carolina do Sul e Mississippi, entretanto, nenhuma criança negra frequentava uma escola de-segregada em 1963.<sup>14</sup>

Os efeitos políticos da decisão, porém, foram muito radicais em todo o país. A tese do *backlash* (algo como retrocesso brusco, uma abrupta reação negativa) enfatiza que *Brown* fortaleceu a resistência ao fim das leis de segregação; o que significou uma guinada à direita conservadora e causou a repressão violenta das manifestações populares em favor da igualdade racial. A decisão teria, portanto, polarizado e radicalizado as posições dos brancos sulistas, antes mais moderados.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> MINOW, What Brown awakened, p. 20.

<sup>13</sup> ROSENBERG, Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep-Seated Social Conflict through Litigation, p. 32.

<sup>14</sup> KLARMAN, Michael J., How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis, **The Journal of American History**, v. 81, n. 1, p. 81–118, 1994, p. 84.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 82–83.

Ainda que aceitem o *backlash*, muitos autores enaltecem os efeitos indiretos da decisão, que colocou a questão da igualdade racial na agenda política nacional, mobilizou o movimento pelos *civil rights* e, portanto, foi indiretamente responsável pelas leis federais da década de 60 que garantiram esses direitos (os *Civil Rights Acts* da época<sup>16</sup>). Para eles, o *backlash* teve também efeitos positivos, pois a violenta repressão ocorrida no sul foi transmitida pela televisão e sensibilizou os brancos dos estados do norte do país, antes indiferentes à questão da igualdade racial.<sup>17</sup>

Muitos autores relativizam a importância da decisão em virtude do fracasso dos seus efeitos diretos.<sup>18</sup> Outros também são céticos em relação aos seus efeitos indiretos: já havia uma mobilização dos negros sulistas em prol dos direitos civis desde a Segunda Guerra Mundial, e foram os atos desses movimentos (e sua violenta repressão) que colocaram a questão na agenda política do país.<sup>19</sup> Ainda assim, a decisão é uma das mais famosas dentre as proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos e representa uma tomada de atitude pelo Judiciário em face de uma questão política extremamente delicada e que era frequentemente deixada de lado. Além disso, os efeitos de *Brown* promoveram outras discussões relacionadas à questão da igualdade nas escolas (envolvendo gênero, imigrantes, religião, orientação sexual e classe social) não só nos EUA, mas em diversos países do mundo.<sup>20</sup>

### **Hannah Arendt e *Reflexions on Little Rock***

As reflexões de Arendt acerca de *Brown* foram expostas em um artigo sobre um incidente ocorrido em Little Rock, Arkansas, e se desenvolvem ao redor de seu conceito de política e de esfera pública.

---

<sup>16</sup> *Civil Rights Act* de 1964 (proibindo discriminação), *Voting Rights Act* de 1965 (em relação ao direito de voto) e *Civil Rights Act* de 1968 (*Fair Housing Act*, que proibiu a discriminação na venda e financiamento de imóveis).

<sup>17</sup> Klarman descreve a defesa dos efeitos indiretos de *Brown*, mas procura rebatê-los. KLARMAN, How *Brown* Changed Race Relations, p. 86–90.

<sup>18</sup> Cf. ROSENBERG, Tilting at Windmills: *Brown II* and the Hopeless Quest to Resolve Deep-Seated Social Conflict through Litigation.

<sup>19</sup> KLARMAN, How *Brown* Changed Race Relations, p. 86–90.

<sup>20</sup> MINOW, Martha, Introduction, in: **In *Brown's* wake: legacies of America's educational landmark**, New York; Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1–4.

O incidente ocorreu em setembro de 1957 e foi provocado pela de-segregação da *Central High School* da cidade. No dia anterior ao início do ano letivo, o governador do estado foi à televisão para informar que havia convocado a Guarda Nacional do Arkansas para “prevenir ações violentas” na mencionada escola. Os estudantes negros que haviam se matriculado no colégio, que era somente para brancos, foram aconselhados a não comparecer ao primeiro dia de aulas. Mesmo assim, nove estudantes negros tentaram entrar no prédio da escola e foram impedidos por mais de mil pessoas protestando a favor da segregação racial. O exército dos EUA foi enviado pelo presidente e permaneceu na cidade por dois meses para controlar a situação.<sup>21</sup>

O artigo de Arendt, publicado no final de 1959, foi extremamente criticado.<sup>22</sup> Nele, a autora criticava a Suprema Corte por ter se imiscuído em um tema da esfera social, ao invés de circunscrever sua atuação à esfera pública.<sup>23</sup> Ela, em outros trabalhos, se vale da *polis* grega como mito de origem<sup>24</sup> para definir público e privado, pois nela as duas esferas estariam rigorosamente separadas: a satisfação das necessidades biológicas humanas deveria ocorrer no ambiente doméstico, na esfera privada. O lugar da ação,<sup>25</sup> atividade humana por excelência, seria a esfera pública. Para poder participar dessa esfera e desfrutar da verdadeira liberdade, somente alcançável através da atividade política, o homem deveria primeiro vencer a necessidade, tida como fenômeno pré-político, no âmbito privado.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> WILLIAMS, Juan, **The legacy of Little Rock**, disponível em: <<http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1663841,00.html>>, acesso em: 8 fev. 2010.

<sup>22</sup> YOUNG-BRUEHL, Elisabeth, **Por amor ao mundo: a vida e a obra de Hannah Arendt**, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997, p. 282–283.

<sup>23</sup> ARENDT, Hannah, Reflections on Little Rock, in: **The portable Hannah Arendt**, New York: Penguin, 2000, p. 231–248.

<sup>24</sup> Não se trata de uma justificativa histórica. A *polis* arendtiana nunca existiu.

<sup>25</sup> Para Arendt, as atividades humanas podem ser classificadas em trabalho, obra e ação. Trabalho concerne toda atividade ligada aos processos biológicos do organismo, que os homens têm em comum com os animais. Já tudo o que é artificialmente produzido e construído pelo homem corresponde à obra. Por fim, a ação se dá exclusivamente entre os homens, sem o intermédio de coisas materiais (sejam elas naturais ou artificiais). A ação é a atividade humana por excelência e a que deveria caracterizar tudo o que se entende por política. ARENDT, Hannah, **The human condition**, 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998, p. 7–16.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 30–31.

Para ela, “a política se baseia no fato da pluralidade humana(...) e diz respeito à coexistência e associação de homens diferentes”:<sup>27</sup> seria responsável por organizar os homens considerando sua relativa igualdade e em contraposição com suas relativas diferenças. Note-se que para a autora, a atividade da Suprema Corte é inerentemente política e se desenvolve na esfera pública.

A ascensão do social é o principal elemento do diagnóstico de época arendtiano. A esfera social não é privada nem pública, e seu surgimento na era moderna borrou os limites entre as duas anteriores.<sup>28</sup> Os assuntos antes tidos como privados – acerca da manutenção das necessidades – tornaram-se uma preocupação coletiva,<sup>29</sup> e a política se transformou em mera “administração burocrática das necessidades sociais”.<sup>30</sup> A ascensão do social faz com que o único objetivo da política seja salvaguardar a vida e assegurar que os cidadãos possam perseguir seus interesses sem serem importunados pela verdadeira atividade política (a da ação e da coexistência humana). O social causaria, portanto, uma perversão da política conforme definida por Arendt. É nesse sentido que a decisão da Suprema Corte trata do social e por isso é caracterizada como indevida.

A “de-segregação” de *Brown* não poderia ir além de abolir as leis que segregavam: seria impossível forçar a igualdade e acabar com a discriminação dentro da esfera social. Só seria possível garantir a igualdade dentro da esfera pública e no desempenho das atividades políticas.<sup>31</sup> A discriminação teria um papel a cumprir na sociedade, assim como a igualdade desempenha uma função importantíssima no espaço público. A grande questão não seria como eliminá-la, mas como mantê-la confinada à esfera social, onde é legítima, sem extravasar para o público ou o privado,

---

<sup>27</sup> ARENDT, Hannah, Introdução na política, in: KOHN, Jerome (Org.), **A promessa da política**, Rio de Janeiro: Difel, 2008, p. 144–145.

<sup>28</sup> CANOVAN, Margaret, Politics as culture: Hannah Arendt and the public realm, in: HINCHMAN, Lewis P.; HINCHMAN, Sandra K. (Orgs.), **Hannah Arendt: critical essays**, Albany: New York University Press, 1994, p. 180.

<sup>29</sup> ARENDT, **The human condition**, p. 33.

<sup>30</sup> PITKIN, Hanna Fenichel, Justice: on relating the private and the public, in: HINCHMAN, Lewis P.; HINCHMAN, Sandra K. (Orgs.), **Hannah Arendt: critical essays**, Albany: New York University Press, 1994, p. 269.

<sup>31</sup> ARENDT, Reflections on Little Rock, p. 237.

nos quais ela revela seu caráter destrutivo. Ela entendia que a existência de hotéis voltados somente a brancos consistia em discriminação confinada ao social (como nas escolas), porém isso não se estendia à segregação no transporte público, teatros, museus e restaurantes.<sup>32</sup>

A descrição de Arendt da esfera pública e do político é particular e muito diferente da definição corriqueira. Para ela, a inclusão de questões sociais na esfera pública é considerada inútil, já que não haveria como solucioná-las dessa maneira.<sup>33</sup> É difícil imaginar o que seria debatido nessa esfera pública hoje, em que os maiores problemas das democracias ocidentais parecem ser exatamente sociais. A curiosa perspectiva arendtiana – de um estado que não se ocupa da administração de problemas sociais, de uma política livre de questões socioeconômicas, de uma democracia radical que tem efeitos libertadores somente para a opressão política mas não atinge de forma alguma a repressão social – parece ser inimaginável para a sociedade moderna.<sup>34</sup>

A sua interpretação do caso demonstra que a consideração de uma decisão como política ou jurídica depende do conceito de política adotado, mas também está atrelada ao papel que é atribuído ao Judiciário. Para Arendt, a Suprema Corte só deveria atuar no âmbito político, mas *Brown* não é uma decisão política: é uma decisão social. Ela conclui que a corte se imiscuiu numa esfera indevida por motivos completamente distintos dos comumente apresentados por seus críticos.

### **Bruce Ackerman e momentos constitucionais<sup>35</sup>**

A interpretação de Ackerman de certos eventos da história estadunidense ressignifica esses momentos e dá uma solução coerente para a tensão entre

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 238–239.

<sup>33</sup> ARENDT, Hannah, **On revolution**, New York: Penguin Books, 2006, p. 50 e 104.

<sup>34</sup> HABERMAS, Jürgen, Hannah Arendt's communications concepts of power, *in*: HINCHMAN, Lewis P.; HINCHMAN, Sandra K. (Orgs.), **Hannah Arendt: critical essays**, Albany: New York University Press, 1994, p. 219–220.

<sup>35</sup> As ideias do autor são complexas e ricas em detalhes históricos. A apresentação delas aqui é demasiadamente simples e omite muitos desses ricos detalhes, pois o objetivo não é expor ou criticar as teses do autor, mas apenas tornar clara a análise que ele faz de *Brown*.

constitucionalismo e democracia, afirmando que a Constituição está em construção e se adapta às novas realidades através da atuação política da população. O autor rejeita a narrativa jurídica tradicional dos momentos em que a Constituição dos EUA foi alterada (formalmente ou não) através de métodos não ortodoxos – não respeitando as regras para alterações. Assim, ele cria uma narrativa que relaciona esses momentos, descrevendo-os como situações especiais em que a vontade do povo (*We the people*) prevalece sobre os ditames constitucionais.

O primeiro desses momentos foi a própria ratificação da Constituição. Os Artigos da Confederação (documento que uniu as treze colônias em uma fraca confederação após a independência) estabeleciam que qualquer alteração do documento deveria ser ratificada pelo legislativo de cada um dos estados. A Constituição, em desrespeito a essa regra, foi ratificada por convenções populares e trazia a previsão de que a aprovação em nove estados seria suficiente.<sup>36</sup>

O segundo momento foi a Reconstrução, período em que foram aprovadas a 13<sup>a</sup> (abolindo a escravidão), 14<sup>a</sup> (afirmando que todos os nascidos nos EUA eram cidadãos e tinham direitos civis) e 15<sup>a</sup> (proibindo a negação do direito de voto em virtude de raça) emendas à Constituição. O artigo V da Constituição estabelece que emendas devem ser propostas por 2/3 do Congresso e aprovadas por 3/4 dos estados. A aprovação da 13<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> emendas se deu de maneira pouco ortodoxa: a 13<sup>a</sup> foi proposta por um Congresso que excluía os representantes dos estados do sul para obter 2/3, mas para considerar que a ratificação foi feita por 3/4 dos estados foi preciso considerar a aprovação desses estados como válida. A aprovação da 14<sup>a</sup> foi condição para que o governo militar imposto aos estados do sul chegasse ao fim.<sup>37</sup>

O terceiro momento foi durante o *New Deal*,<sup>38</sup> após a Suprema Corte ter considerado inconstitucionais várias reformas propostas no primeiro mandato do presidente Roosevelt. No segundo mandato, o presidente, que detinha o apoio da

---

<sup>36</sup> ACKERMAN, **We the People: Foundations**, p. 40–44.

<sup>37</sup> ACKERMAN, Bruce, **We the People: Transformations**, Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 103–113.

<sup>38</sup> Série de reformas realizadas na década de 30 em resposta à Grande Depressão: o governo federal interviu na economia para reformar o sistema financeiro, recuperar a economia e reduzir o desemprego.

maioria do Congresso, propôs um projeto de lei (*Judicial Procedures Reform Bill*, em 1937) que adicionaria juízes à corte.<sup>39</sup> Tal iniciativa inaugurou uma série de debates no Congresso e na sociedade; mas nesse momento a corte passou a proferir julgamentos favoráveis às reformas (o chamado *switch in time* de Ackerman) e um dos juízes conservadores se aposentou.<sup>40</sup>

O *New Deal* não alterou o texto da Constituição formalmente, mas impôs uma nova interpretação ao texto constitucional – bem diversa da anteriormente adotada pela Suprema Corte. A tradição constitucional de *laissez-faire* foi deixada de lado para permitir o controle estatal do mercado. A análise tradicional do ocorrido reprova a atitude dos membros da corte, enquanto a interpretação do autor enfatiza que a resistência judicial contribuiu para que o *New Deal* recebesse aprovação democrática, manifestada nas eleições que conduziram Roosevelt ao segundo mandato, juntamente com um Congresso que o apoiaria.<sup>41</sup>

A tese de Ackerman afirma que o texto da Constituição (e o direito como um todo) cede à manifestação da vontade popular. Em momentos críticos (momentos constitucionais, de *higher law making*), a vontade do povo permite a alteração de pontos fundamentais do direito estadunidense, ao contrário do que acontece em momentos de política normal – qualquer alteração do direito deve seguir o procedimento formal usual e contar com o apoio do Legislativo. Nesses três casos, o povo apoiou as mudanças: ratificando a Constituição nas convenções, votando a favor de um congresso (republicano) que lutava pelo fim da escravidão, votando a favor de Roosevelt e de um congresso que apoiava o *New Deal*. Nesses dois últimos casos, um resultado diferente nas eleições teria impossibilitado as mudanças.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> O projeto permitia que o presidente nomeasse um novo juiz sempre que algum deles completasse 70 anos - o cargo é vitalício nos EUA - sem excluir o magistrado mais velho, o que aumentaria o número de membros (a não ser que o mais velho se aposentasse voluntariamente). Em tese, seria aplicável a todos os juízes federais. Até mesmo apoiadores do New Deal foram contrários ao projeto, o que inaugurou um debate sobre emendas constitucionais e o procedimento do artigo V. ACKERMAN, **We the People: Transformations**, p. 317 e ss.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 23–26 e 333–335.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 312.

<sup>42</sup> ACKERMAN, **We the People: Foundations**, p. 173–181.

*Brown* não é vista, sozinha, como um momento revolucionário, em que a corte se imiscui em território político e caminha adiante da sociedade estadunidense, e sim como uma forma de reinterpretar a Reconstrução (não completamente realizada) de acordo com os novos fundamentos de governo (mais ativista) estabelecidos após o *New Deal*: representa a síntese do segundo e do terceiro momento. *Brown*, considerada isoladamente, não realizou as promessas de igualdade racial da Reconstrução. Mas ela desencadeou um processo que alcançou os resultados almejados. Após ela, políticos mais conservadores foram eleitos nos estados sulistas e promoveram uma repressão violenta aos negros que lutavam pelos *civil rights* (a guinada à direita já mencionada). Essa repressão chocou a população dos estados do norte, antes indiferente, e os cidadãos em geral protestaram por direitos para todos – toda essa mobilização deu origem aos *Civil Rights Acts*.<sup>43</sup> Para Ackerman, o que vem depois de *Brown* é um momento constitucional, mas não exclusivamente pelas atitudes da corte, tão criticada pelo excesso de ativismo judicial.<sup>44</sup> A análise do contexto histórico revela uma hipótese muito mais complexa, que conjuga o passado (a Reconstrução e o *New Deal*), a manifestação da vontade popular e a interação entre os três poderes - já que o presidente Lyndon Johnson teve importância fundamental na aprovação dos *Civil Rights Acts*. Sem eles, *Brown* teria sido muito pouco.

A interpretação tradicional da decisão, focada no Judiciário e na Suprema Corte, oculta a significância do verdadeiro momento constitucional inaugurado pelo polêmico caso. Ele colocou a questão racial em debate quando tanto o Executivo quanto o Legislativo preferiam ignorá-la, iniciando a revolução dos direitos civis – que só se completou com o apoio dos demais poderes e a aprovação das leis mencionadas. Para Ackerman, é preciso enfatizar o significado dessa revolução para o direito constitucional estadunidense. O *Civil Rights Act* é uma parte da Constituição viva e

---

<sup>43</sup> Sobre como se desenrola esse momento constitucional: ACKERMAN, Bruce, **We the People: The Civil Rights Revolution**, Cambridge: Harvard University Press, 2014, p. 63–78.

<sup>44</sup> Na verdade, Ackerman afirma que *Brown* pode ser lida como uma manifestação do conservadorismo que se revela em momentos de alteração do direito. Isso pode ser percebido pela pelas concessões feitas em razão da resistência demonstrada pelos estados do sul (mencionadas anteriormente).



redefiniu direitos civis fundamentais, por mais que não tenha passado pelo procedimento formal de emenda<sup>45</sup> (assim como ocorreu no *New Deal*).<sup>46</sup>

O autor, portanto, adota uma concepção de política bem diversa de Arendt, mas ao mesmo tempo encontra inspiração em seu trabalho. Isso se dá principalmente em relação à especial dignidade que a autora concede à política e ao seu conceito de revolução, que enfatiza o papel da consciência política dos participantes no processo coletivo de redefinição e reconstrução do poder. Entretanto, ele vê o social como um motor para a participação engajada da população; e acredita que os momentos constitucionais apontados por eles foram alimentados por uma preocupação com a questão social. Ele reinterpreta a preocupação arendtiana, afirmando que as iniciativas de revolução de maior sucesso não buscaram uma revolução total nas relações econômicas e sociais, mas se valeram do poder estatal estrategicamente para alcançar resultados parciais.<sup>47</sup>

### **Afinal, política?**

As duas interpretações de *Brown* demonstram o papel do conceito de política adotado na tarefa interpretativa. Entretanto, elas também evidenciam que mais importante que o conceito – particularmente no caso examinado – é a definição do papel do Judiciário e dos demais poderes estatais.

Saber se a atuação foi política ou não (o que depende diretamente do conceito adotado) não soluciona questões acerca da legitimidade da atuação. Arendt afirma que a atuação da Suprema Corte dos EUA não foi política, quando deveria ter sido. O mais importante, nessa análise, é saber que a Suprema Corte tomou uma decisão que interfere na esfera social, o que tornou sua atuação ilegítima e indevida. A autora ressalta também o insucesso da iniciativa da corte, relatando o *backlash* e o acirramento da discussão acerca da igualdade racial nos estados do sul.

---

<sup>45</sup> ACKERMAN, *We the People: The Civil Rights Revolution*, p. 320 e ss.

<sup>46</sup> Ackerman está interessado no combate às decisões mais recentes da Suprema Corte, que menosprezam a importância da revolução dos direitos civis como momento constitucional. A principal dessas decisões é *Shelby County v. Holder*, que declarou a inconstitucionalidade de parte do Voting Rights Act. *Ibid.*, p. 328 e ss.

<sup>47</sup> ACKERMAN, *We the People: Foundations*, p. 204 e ss.

Na segunda análise, mais importante que considerar a decisão isoladamente é inseri-la em seu contexto político e compreendê-la como parte de uma série de eventos que garantiram direitos aos negros dos Estados Unidos. Ackerman demonstra como seus momentos constitucionais foram iniciados pelos três poderes: na Reconstrução, pelo Legislativo; no *New Deal*, pelo Executivo; e na *Civil Rights Revolution*, pelo Judiciário. *Brown* foi o evento inicial de um momento muito maior que a decisão e seus efeitos – seu significado deve ser entendido a partir da análise do conjunto de eventos (chamado pelo autor de revolução dos direitos civis). De acordo com esse ponto de vista, o Judiciário cumpriu seu papel ao colocar a questão racial na pauta política dos Estados Unidos de uma forma tão drástica que impediu que ela fosse desconsiderada. O caráter político (ou não) da decisão não é um fator relevante na avaliação da legitimidade da atuação da Suprema Corte. Ainda assim, essa é uma posição moderada, frente às visões extremas que ou exageram o significado da decisão (a visão tradicional dos juristas, focados na atividade da corte) ou a trivializam (defendendo que as conquistas seriam alcançadas independentemente da decisão).<sup>48</sup>

Nas duas análises apresentadas, a definição de política é de importância secundária, pois a avaliação da legitimidade da atuação do Judiciário não está condicionada à sua classificação como política ou não. A avaliação da postura da corte não se esgota simplesmente na verificação do seu caráter político.

Colocar a pergunta “é política?” no centro da análise da atuação do Poder Judiciário é tornar tal análise excessivamente simplista. Mais relevante que verificar se uma decisão é política ou não é tentar verificar qual o papel da atividade jurisdicional no desenho institucional estabelecido pela Constituição. Além disso, esse tipo de análise procura criar uma fronteira absoluta e artificial entre direito e política, ao mesmo tempo que não consegue sequer definir essa fronteira ou estabelecer critérios prévios para realizar essa avaliação.

Obviamente, nenhuma das duas análises apresentadas recai nesses problemas. Entretanto, essa é, genericamente, a posição daqueles que adotam o diagnóstico de “judicialização da política”; abordado no próximo capítulo a partir da perspectiva de

---

<sup>48</sup> ACKERMAN, *We the People: The Civil Rights Revolution*, p. 51.

alguns autores. Para eles, a atuação política do Judiciário é condenável e antidemocrática por si só. Ainda assim, como se verá, eles não conseguem definir o papel da atividade jurisdicional frente ao diagnóstico e recaem em uma crítica vazia. Afinal, se a atuação das cortes não pode ser política, é preciso determinar o que ela deve ser, ou, ao menos, esclarecer como evitar esse tipo de atuação.

As duas interpretações de *Brown* foram expostas para demonstrar que não é preciso partir de um conceito de política para determinar a legitimidade de determinada atitude do Judiciário. Somente as análises que partem da ideia que qualquer atividade política das cortes é condenável e deve ser erradicada precisam determinar exatamente o que querem dizer por “política”.<sup>49</sup>

Defende-se, nesse trabalho, que o exercício de atividade política pelas cortes, embora não ocorra em grande parte dos casos, é inevitável num ordenamento como o brasileiro, tanto por determinações institucionais quanto pelo fato de que o próprio Estado se utiliza do Judiciário politicamente. Parte-se da ideia de que a postura do Estado brasileiro precisa sempre ser considerada em qualquer discussão judicial sobre determinada decisão política ou política pública.

O exercício ou não de atividade política não está, portanto, vinculado à avaliação da legitimidade do Judiciário em suas decisões. Assim, a análise feita nesse trabalho não depende da adoção de um conceito mais ou menos rígido de política. É por isso que se pretende apenas esclarecer o que se quer dizer ao tratar da relação entre direito e política, sem adotar um ou outro conceito (de ambos).<sup>50</sup>

Na verdade, a distinção entre direito e política está ligada a outras distinções, como entre decisão judicial e legislação, e entre aplicar e criar direito; que estão na base da teoria normativa correspondente ao Estado Liberal. Essa concepção de Estado de Direito está baseada na crença em direitos individuais, na regra da maioria e no império da lei. O império da lei, entendido dessa forma, exige uma total separação entre as atividades de aplicação e criação do direito, o que conduz à concepção tradicional de separação de poderes: cabe ao Legislativo criar direito, e ao Judiciário

---

<sup>49</sup> Como deveriam fazer aqueles que adotam o diagnóstico de “judicialização da política”.

<sup>50</sup> A ideia é manter a análise o mais flexível possível e compatível com as diversas concepções de direito contemporâneas.

aplicá-lo. As duas tarefas cabem a dois poderes distintos, sedimentando ainda mais a cisão entre elas, tida como necessária para proteger e garantir os direitos individuais (também tidos como fundamento do Estado de Direito) em um regime de governo da maioria.<sup>51</sup>

O processo de criação do direito requer juízos de valor, extremamente subjetivos, e políticos. Por isso, ele deve estar a cargo de funcionários eleitos que operem sob o controle de seus eleitores. Mas o Legislativo não pode aplicar o direito, pois os direitos dos indivíduos devem ser garantidos independentemente das preferências políticas da maioria. Assim, caberia ao Judiciário essa aplicação objetiva do direito, sem se imiscuir em questões políticas.<sup>52</sup>

O império da lei, nessa concepção, exige que o exercício da coerção e do poder estatal sobre os cidadãos deve estar justificado de duas formas: em primeiro lugar, pela referência a uma regra produzida através de um processo democrático; e em segundo lugar, pela aplicação dessa regra ao seu caso através de um processo independente da decisão política que a criou.<sup>53</sup> Note-se que essa descrição do funcionamento do Estado de Direito evidencia porque direito e política devem se manter separados – trata-se de um meio de garantir, simultaneamente, a proteção dos direitos e a igualdade de todos perante a lei; e a criação do direito de forma democrática.

A separação entre direito e política também pode ser vista de outra forma. Niklas Luhmann<sup>54</sup> chama atenção ao paradoxo que está intrinsecamente relacionado a qualquer atividade judicante e assume contornos complexos na atividade jurisdicional e na aplicação do direito. Decidir sobre o certo e o errado traz, de forma oculta, a indagação acerca do certo e errado da própria decisão. Paradoxalmente, a autoridade

---

<sup>51</sup> Essa análise, que relaciona a separação entre direito e política ao Estado Liberal e a proteção de direitos individuais, é de Duncan Kennedy. Concorde-se plenamente com a análise do autor, mas não com suas conclusões (que não são as únicas possíveis a partir da análise). O autor defende que a ideologia está presente em todos os aspectos da decisão judicial e entende que o juiz está basicamente livre em seu processo de criação. A conclusão parece radical demais (ver a seguir). KENNEDY, Duncan, La distinción entre decisión judicial e legislación, in: **Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica**, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 109–110.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 110–111.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>54</sup> A menção à Luhmann não implica aceitação de sua concepção de direito.

encarregada de diferenciar o certo do errado, o legal do ilegal, pode estar errada. Ao longo da história do pensamento jurídico, esse paradoxo foi dissolvido pela criação de distinções.<sup>55</sup> No Antigo Regime, a distinção era entre ordem – a ordem natural de todas as coisas<sup>56</sup> – e a absoluta desordem. A ordem natural era a resposta ao paradoxo: as decisões sobre o certo e o errado seriam corretas pois estariam de acordo com a ordem e revelariam a ordem sempre que estivesse oculta.

Com o passar do tempo, essa distinção precisou ser reelaborada. O direito natural, assim, também é uma resposta a esse paradoxo, sendo compreendido como o direito que estabelece direitos anteriores ao reconhecimento do certo e do errado, que existe independentemente do seu reconhecimento.<sup>57</sup>

A distinção entre criação do direito e sua aplicação (“administração de justiça”, como é chamada por Luhmann) é, para o autor, uma forma de ocultação do paradoxo. As cortes definem o certo e o errado (o legal e o ilegal), tomando, em regra, a validade da lei como dada. A resposta ao paradoxo é redirecionada à legitimidade dos governos políticos, criadores de direito, e sujeitos ao controle da população através de eleições periódicas. Dessa forma, a distinção lida com o paradoxo sem fazer referência à moral ou ao direito natural.<sup>58</sup> A aplicação do direito determina o certo e o errado de acordo com a lei; e o certo e o errado, em relação à própria lei, é política e é redirecionado à questão de legitimidade. Entretanto, como acontece com as demais distinções já mencionadas, a resposta ao paradoxo é, em si, paradoxal. Ela apenas oculta o paradoxo que procura resolver.

A rígida diferenciação entre direito e política (e entre criação e aplicação do direito) entra em conflito direto com as concepções contemporâneas de direito, que admitem que a atuação do juiz envolve, em maior ou menor medida (de acordo com a

---

<sup>55</sup> LUHMANN, Niklas, The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History, *Journal of Law and Society*, v. 15, n. 2, p. 153–165, 1988, p. 153–155.

<sup>56</sup> Sobre a sociedade no Antigo Regime, cf. XAVIER, Ângela Barreto; HESPANHA, António Manuel, A representação da sociedade e do poder, in: HESPANHA, António Manuel (Org.), **História de Portugal, quarto volume: o Antigo Regime (1620-1807)**, Lisboa: Editorial Estampa, 1993, p. 113–140.

<sup>57</sup> LUHMANN, The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History, p. 156–158.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 159–160.

concepção adotada), alguma atividade criativa,<sup>59</sup> evidenciando que os momentos de criação e aplicação do direito não são tão rigorosamente separados.

Isso não significa, tampouco, que direito e política são exatamente a mesma coisa.<sup>60</sup> Owen Fiss trabalha com a ideia de objetividade limitada<sup>61</sup> para ressaltar os traços distintivos do direito. O autor reconhece que existe uma considerável convergência entre direito e política, mas ele enfatiza que ela não é absoluta.<sup>62</sup> Ao interpretar, o juiz não está completamente livre de quaisquer limitações – ele só estaria tão livre assim se direito e política fossem exatamente a mesma coisa. Existe uma carga mínima de objetividade na interpretação judicial, carga essa que implica certa noção de impessoalidade: ela pode ser avaliada independentemente da noção de correteza do juiz que emitiu a decisão. Essa objetividade não significa que a interpretação judicial é totalmente determinada por fontes externas ao juiz, pois ela reconhece a subjetividade envolvida em todo processo interpretativo. Existem regras disciplinadoras que limitam a interpretação e uma comunidade interpretativa, à qual o juiz pertence, que reconhece a autoridade dessas regras.<sup>63</sup>

Muitas dessas regras disciplinadoras são procedimentais, como a imparcialidade, a inafastabilidade da jurisdição, a vedação ao *non-liquet*, o respeito ao

---

<sup>59</sup> Isso é verdade para as concepções positivistas de Hart e Kelsen; e para concepções chamadas de “pós-positivistas”. Certamente, a intensidade, a amplitude e os critérios dessa atividade criativa variam de autor para autor. Como exemplo (de um mínimo de atividade criativa), tome-se DWORKIN, Ronald, **Taking rights seriously: [with a new appendix, a response to critics]**, Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 82 e 88.

<sup>60</sup> Como o objetivo da grande maioria dos discursos de teoria do direito é identificar o que é distintivo e único no direito, existem diversas maneiras de evidenciar as diferenças entre direito e política. Optou-se por uma delas.

<sup>61</sup> No original, “bounded objectivity”. Na tradução para o português publicada pela Revista dos Tribunais, o conceito foi traduzido como “objetividade vinculada”. Entende-se que objetividade limitada (ou balizada) expressa melhor as limitações da objetividade defendida pelo autor, que não ignora a carga de subjetividade presente em toda interpretação. Para a tradução, cf. FISS, Owen, *Objetividade e interpretação*, in: **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 276.

<sup>62</sup> FISS, Owen M., *Judging as practice*, in: **The law as it could be**, New York: New York University Press, 2003, p. 189.

<sup>63</sup> FISS, Owen M., *Objectivity and interpretation*, in: **The law as it could be**, New York: New York University Press, 2003, p. 154.

contraditório e o dever de motivação das decisões.<sup>64</sup> A existência dessas regras não implica impossibilidade de discordância na interpretação, e nem que não possam existir interpretações equivocadas. O autor afirma que as interpretações podem ser avaliadas de um ponto de vista interno (avaliando se considerou as regras disciplinadoras ou se seguiu o procedimento adequado, por exemplo) e do ponto de vista externo (questionada politicamente, por algum princípio ético ou religioso). No segundo caso, a disputa ultrapassa os limites da comunidade interpretativa, mas tende a assumir a perspectiva interna (manifestando-se através de propostas de alteração da legislação ou de emendas à Constituição).<sup>65</sup>

Fiss também ressalta outros aspectos do direito, como a natureza prescritiva do texto (que ele relaciona com o estabelecimento de um ideal a ser perseguido), a sua pretensão de autoridade (externa ao processo de interpretação, mas que traz uma maior carga de responsabilidade ao intérprete), e a busca por eficácia. Esse último aspecto revela o aspecto instrumental da interpretação judicial: ela procura conformar a realidade à interpretação realizada. O juiz também precisa se preocupar com a melhor forma de efetivar sua decisão; e essa preocupação pode inclusive afetar a atividade interpretativa, nem sempre de forma positiva (o juiz pode conformar sua interpretação ao que considera passível de efetivação para não comprometer sua autoridade).<sup>66</sup>

Embora a objetividade do direito não seja a mesma exigida pela concepção de império da lei do Estado Liberal, mencionada anteriormente, ela existe de maneira limitada. A interpretação judicial não é pura subjetividade, não é mera atuação política.<sup>67</sup>

Pensa-se, portanto, que direito e política são distintos, embora existam áreas de convergência entre eles. Essas áreas impedem que se trace um limite inflexível entre os dois domínios. Assim, qualquer tentativa de estabelecer os limites da atuação legítima do Judiciário – ou de descrever a atividade jurisdicional – em termos de

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 156–159.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 160–169.

<sup>67</sup> Cf. também FISS, Owen M., *The Death of Law?*, in: **The law as it could be**, New York: New York University Press, 2003, p. 199–204.

política, está fadada ao fracasso. Não é preciso adotar um conceito específico de política para isso, como se pôde demonstrar. A impropriedade desse tipo de análise será demonstrada de outras maneiras nos capítulos seguintes.



## CAPÍTULO 1 - (DES) CONTROLE E (IN)DISCIPLINA: AS AMARRAS FROUXAS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

*“Small my table, it sits just two  
Got so crowded, I can't make room  
Oh, where did they come from?  
Stormed my room!  
And you dare say it belongs to you...to you...  
This is not for you”<sup>68</sup>*

### 1.1. Judicialização da política, (des)controle, (in)disciplina

A percepção de um estado de descontrole gera a demanda por disciplina e controle e legitima a implementação de mecanismos e instrumentos disciplinadores. Assim, a partir do momento em que certos tipos de decisões judiciais foram diagnosticadas como indevidas ou ilegítimas devido ao seu caráter político, surgiu a necessidade de disciplinar esse descontrole jurisdicional.

A ilegitimidade de tais decisões fundamentou-se na interferência dos juízes em assuntos que deveriam ser resolvidos pelo Legislativo ou Executivo, e essa interferência foi demonstrada a partir da análise de casos e da elaboração de um diagnóstico pela doutrina – não da definição do que seria política ou do que seria o devido exercício de atividade jurisdicional. Esse diagnóstico, que enfatiza o desvio da conduta do Judiciário e a necessidade de controle, legitima a criação de instrumentos de disciplina.

Os instrumentos disciplinadores visam conter a atividade política das cortes, afirmando a necessidade de mantê-las concentradas no direito e no jurídico. Curiosamente, a grande maioria desses mecanismos é essencialmente política: procura-se, assim, controlar um tipo de atividade inserindo categorias disciplinadoras que evocam justamente o que se quer conter.

---

<sup>68</sup> “Em minha mesa pequena, apenas dois se sentam. Está tão lotada que não consigo arranjar mais lugares. De onde eles vieram? Invadiram minha sala! E vocês ousam dizer que pertence a vocês... a vocês. Isso não é para vocês” (tradução livre). Da música “*This is not for you*”, do álbum *Vitalogy* do Pearl Jam.

São, portanto, os próprios instrumentos de controle que demonstram a contradição interna do diagnóstico de “judicialização da política”, pois o seu funcionamento exige que os magistrados façam juízos políticos e adentrem justamente na esfera da qual deveriam se afastar. Em todo caso, o juiz se coloca na posição de legislador ou administrador: a única diferença é que os juízos políticos gerados pelos instrumentos de controle vão na direção contrária à da demanda e pedem pela consideração da perspectiva do Estado.

Ironicamente, essa tentativa de controle ignora uma outra espécie de descontrole que se manifesta no Judiciário: a do próprio Estado brasileiro, que viola direitos e litiga de maneira irresponsável.<sup>69</sup>

Esse capítulo pretende descrever o diagnóstico de judicialização da política tal como foi desenvolvido por autores que o aceitam e abordar os instrumentos disciplinadores que foram forjados pela doutrina e pela jurisprudência. Procura-se revelar as falhas desses mecanismos e expor seu caráter eminentemente político, de forma a demonstrar que as tentativas de disciplinar a atividade jurisdicional a partir desse diagnóstico são fadadas ao fracasso justamente por impor aquilo que procuravam conter.

Isso não significa, entretanto, que eles não produzam nenhum efeito. Os instrumentos têm potencial para influenciar decisões judiciais – eles só não podem realizar aquilo que prometeram e controlar a judicialização da política.

\*\*\*

A judicialização da política ou politização do Judiciário é tida como um fenômeno mundial. O conceito se refere à expansão do papel do Judiciário nos processos decisórios que governam as democracias contemporâneas e sua extensão global é comprovada por pesquisas comparativas, que buscam demonstrar que a mencionada ampliação de fato acontece em diversos países e assume diferentes

---

<sup>69</sup> Esse descontrole é abordado no terceiro capítulo.

características de acordo com as estruturas sociais e arranjos políticos locais.<sup>70</sup> A seguir, a judicialização é abordada como um diagnóstico específico da relação entre o Judiciário e os demais poderes na atualidade; diagnóstico esse com o qual se discorda. Inicialmente, porém, ele será exposto nos termos em que é descrito por autores que o adotam, como Tate e Vallinder.<sup>71</sup>

O termo “judicialização” pode se referir ao deslocamento de tais processos decisórios dos poderes políticos (Executivo e Legislativo) para o Judiciário, o poder técnico por excelência. Entretanto, também pode indicar o uso de métodos decisórios tipicamente judiciais pelos outros poderes. No primeiro uso, há judicialização “a partir de fora” (*from without*) e no segundo, “a partir de dentro” (*from within*).<sup>72</sup> Note-se que a referência para determinar o que é dentro e o que é fora são os poderes políticos, indicando que os assuntos políticos pertencem ao Executivo ou ao Legislativo.

O fenômeno é geralmente considerado algo a ser combatido ou, ao menos, controlado. Considera-se que o caráter contramajoritário do Judiciário está em tensão com a democracia e a legitimidade do controle de constitucionalidade de leis, políticas públicas ou atos normativos em geral – qualquer ato que represente uma decisão política tomada pelos poderes eleitos – é questionada.<sup>73</sup>

A determinação de uma única causa para a politização das cortes é um desafio, visto que o fenômeno foi identificado em diferentes países, assumindo diversas feições. Além disso, o próprio conceito de judicialização não é unívoco. Existem, entretanto, alguns traços comuns apontados. O constitucionalismo é frequentemente

---

<sup>70</sup> TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn, **The global expansion of judicial power**, New York: New York University Press, 1995, p. 2–10; HIRSCHL, Ran, **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**, Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 1–10.

<sup>71</sup> TATE; VALLINDER, **The global expansion of judicial power**.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 16; BARBOZA, Estefania Queiroz; KOZICKI, Katya, Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court, **Diritto e questioni pubbliche**, v. 13, p. 407–444, 2013, p. 408–409.

<sup>73</sup> A discussão sobre o caráter contramajoritário do Judiciário dá-se principalmente em torno do controle de constitucionalidade e a possibilidade de retirar do ordenamento atos dos poderes democraticamente eleitos. Sobre o tema, cf. BICKEL, Alexander M., **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**, New Haven: Yale University Press, 1986, p. 11–18.

apontado como o maior culpado.<sup>74</sup> ao longo do século XX, muitos países adotaram Constituições definindo forma de governo, forma de Estado e métodos de controle do poder. Diferentes desenhos do sistema de freios e contrapesos, harmonizando os três poderes clássicos, foram implementados. De acordo com o diagnóstico de judicialização, temas marcadamente políticos foram incluídos nas Constituições e isso permitiu que o Judiciário tratasse esses temas como sendo de natureza constitucional (portanto, jurídica ou técnica).<sup>75</sup>

Além disso, muitas dessas Constituições trazem um catálogo de direitos humanos ou direitos fundamentais, que passam a ser protegidos da maioria parlamentar, apenas pelo caráter rígido das Constituições (que exigem a satisfação de condições específicas para sua alteração, como o quórum elevado) ou pela absoluta (dentro daquela ordem constitucional) vedação de sua alteração ou supressão pelo Legislativo (caso das cláusulas pétreas brasileiras). O Judiciário,<sup>76</sup> em alguns casos, é encarregado de proteger esses direitos e o faz através do controle de constitucionalidade. Esses direitos também precisam ser efetivados e garantidos, o que demanda a aceitação da atividade criativa dos juízes, de *judge-made law*, pois eles deverão densificar os direitos constitucionalmente assegurados.<sup>77</sup>

A adoção dessas Constituições é relacionada à ascensão de regimes totalitários na Europa durante a década de 30. O caso da Alemanha nazista é particularmente destacado, pois após as eleições de 1932 o parlamento alemão foi tomado por representantes que rejeitavam a democracia (antidemocráticos, portanto), mas que

---

<sup>74</sup> Na verdade, o tema pode ser reconduzido à grande discussão do Direito Constitucional contemporâneo - o embate e a relação paradoxal entre constitucionalismo e democracia. Sobre o tema, ver CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G., Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte, **Revista Direito GV**, v. 6, n. 1, p. 159–174, 2010; COSTA, Pietro, **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**, Curitiba: Juruá, 2010, p. 235–268.

<sup>75</sup> BARBOZA; KOZICKI, Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court, p. 409–410.

<sup>76</sup> Mesmo países que tradicionalmente não previam a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Judiciário implementaram alguma forma desse controle nos últimos anos – como ocorreu na França.

<sup>77</sup> BARBOZA; KOZICKI, Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court, p. 413.

foram eleitos democraticamente.<sup>78</sup> O estabelecimento de mecanismos de controle entre poderes e de um catálogo de direitos indisponíveis para o Legislativo teria sido, portanto, uma tentativa de conter esse tipo de resultado catastrófico. Essa explicação valeria para alguns países, como Alemanha, Itália, Japão e França, incluídos na chamada “onda de reconstrução” (*reconstruction wave*).<sup>79</sup>

Hirschl procura classificar os diversos contextos em que se deu a judicialização. Além da “onda de reconstrução”, mencionada acima, aponta outros, como o cenário de independência (*independence scenario*), que também teria resultado em Constituições com características semelhantes às já descritas no contexto de descolonização, principalmente em antigas colônias britânicas. Como exemplos, tomam-se os casos da Índia, Gana, Nigéria e Quênia.<sup>80</sup> Em outros países, ele identifica o cenário de transição única (*single transition scenario*), em que as Constituições teriam sido aprovadas na transição de regimes autoritários para democracias – caso da Grécia, Portugal, Espanha, Brasil, Colômbia, Peru e Bolívia.<sup>81</sup> Nos cenários de transição dupla (*dual transition scenario*), teriam sido criados tribunais constitucionais e/ou teria sido admitido o controle de constitucionalidade na adaptação tanto ao regime democrático quanto à economia de mercado, após a queda da União Soviética (como ocorrido na Polônia, Hungria, Rússia, República Tcheca e Eslováquia). Por último, no cenário de incorporação (*incorporation scenario*), a constitucionalização é associada à adoção de *standards* internacionais ou supranacionais no direito nacional, como teria ocorrido na Inglaterra, Suécia e Dinamarca. Ainda existe o cenário de nenhuma transição aparente (*no apparent transition scenario*), nos quais o autor não identifica nenhuma alteração significativa nos regimes políticos ou econômicos, mas mesmo assim foram conduzidas reformas constitucionais (Nova Zelândia, Canadá e México).

---

<sup>78</sup> TATE; VALLINDER, *The global expansion of judicial power*, p. 19.

<sup>79</sup> HIRSCHL, *Towards juristocracy*, p. 7.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 8.

Em suma, a adição de assuntos políticos, especialmente aqueles que se referem ao sistema de freios e contrapesos, e de direitos fundamentais nas Constituições contemporâneas teriam sido responsáveis pela judicialização da política (ou ao menos a explicariam).

Outros autores, sem rejeitar a explicação mencionada acima, enfatizam a dimensão subjetiva do fenômeno, afirmando que ele requer juízes dispostos a participar da definição de políticas públicas e que preferem ajustá-las diretamente ao invés de delegar a tarefa aos outros poderes.<sup>82</sup> A crise do sistema representativo em democracias contemporâneas e a desconfiança do Legislativo – geralmente agravada por escândalos de corrupção<sup>83</sup> – são também apontados como fatores decisivos para a judicialização.

Fatores facilitadores (além dos tidos como decisivos, já mencionados) também são adicionados ao diagnóstico: a própria democracia (regimes totalitários não convivem com juízes que têm poderes para controlar ações do Executivo ou que prezam pelo cumprimento de requisitos formais ou materiais para a promulgação de leis), o princípio de separação de poderes, a existência de uma política de direitos (nem sempre estabelecida num catálogo constitucional<sup>84</sup>), o uso do Judiciário por grupos de interesses ou pela oposição ao governo, a ineficiência das instituições majoritárias, a percepção negativa das instituições que determinam políticas públicas e o direcionamento de matérias às cortes pelos próprios poderes políticos.<sup>85</sup> Dentre todos esses facilitadores, apenas a adoção de um regime democrático é considerada condição necessária para a judicialização da política (e nenhum deles é tido como condição suficiente),<sup>86</sup> o que parece levemente irônico.

O diagnóstico de judicialização ainda ressalta as diferenças entre o processo decisório do Legislativo e do Judiciário, para destacar a impropriedade desse

---

<sup>82</sup> MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei, Sentidos da judicialização da política: duas análises, **Lua nova**, v. 57, p. 113–133, 2002, p. 114.

<sup>83</sup> TATE; VALLINDER, **The global expansion of judicial power**, p. 3.

<sup>84</sup> Israel não possui uma constituição escrita e “padece” de judicialização, segundo Tate e Vallinder.

<sup>85</sup> Como aconteceu no Canadá. TATE; VALLINDER, **The global expansion of judicial power**, p. 32.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 28–33.

deslocamento de matérias políticas para as cortes. São apontadas como características centrais das cortes: têm como atores duas partes e um juiz; trabalham com audiências realizadas em público e a apreciação de argumentos; as decisões são tomadas por um juiz imparcial; resultam na solução de casos individuais e determinam tanto uma versão dos fatos envolvidos como o direito aplicável ao caso. O Legislativo, por outro lado, é ocupado por diversos atores; trabalha com barganhas a portas fechadas e acordos estabelecidos a partir de concessões dos envolvidos; as decisões são tomadas com base no princípio da maioria; resultam em regras genéricas e políticas públicas; e simbolizam a alocação de valores numa solução politicamente possível.<sup>87</sup>

As críticas fundamentais ao diagnóstico de judicialização serão feitas no próximo capítulo, mas já se pode perceber que essa caracterização do Judiciário é falha. Nem sempre a sua atuação resulta na solução de litígios individuais; afinal, o processo coletivo (que vem sendo implementado em diversos países<sup>88</sup>) tem amplitude muito maior, e ações abstratas de controle de constitucionalidade não se baseiam em conflitos individuais. Em ambos os casos, o reflexo das decisões políticas das cortes é bem mais intenso que na hipótese “caso individual” mencionada acima. Além disso, decisões também são tomadas com base na regra da maioria no Judiciário – sempre que ela chega a um órgão colegiado será solucionada dessa forma. No caso do Brasil, em que decisões de primeiro grau não produzem efeitos até que se escoe o prazo para o recurso de apelação, e que este, se interposto, perpetua essa eficácia suspensa ao menos até seu julgamento, a maior parte dos casos chegará aos tribunais e será solucionada por regra da maioria.

Trata-se, aqui, de duas coisas distintas: o processo decisório e a regra de decisão adotada. Tanto no Legislativo quanto nos órgãos colegiados do Judiciário o processo decisório envolve a agregação de preferências (ao invés, por exemplo, da busca por um consenso) através de uma regra de decisão, que pode ser a regra da

---

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>88</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, **Justicia colectiva**, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 54–67; ARENHART, Sérgio Cruz, **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81–122.

maioria simples, absoluta ou qualificada.<sup>89</sup> Não é possível confundir o processo decisório com as características dos sujeitos que participam do processo, portanto. No Legislativo, aqueles que decidem por regra da maioria são representantes eleitos da maioria da população, e é isso que os diferencia dos juízes – não a regra da maioria. O tipo de processo decisório não parece ser um critério decisivo para a caracterização do fenômeno, portanto.

A questão da politização das cortes e sua rejeição parece estar muito mais ligada à inexistência de legitimidade democrática direta e na ausência de *accountability* do Judiciário, cujos representantes não são eleitos (caso brasileiro) e têm estabilidade e independência, de modo que removê-los do cargo é extremamente difícil. Mas o mais interessante é o modo com o qual se tenta solucionar esse problema: insistindo na separação completa entre direito e política, e defendendo uma concepção rígida de separação de poderes. Ao Legislativo, caberia legislar e tomar decisões políticas, já que seus representantes são democraticamente eleitos e podem não ser reeleitos se desagradarem seus representados; e ao Judiciário caberia julgar e aplicar (tecnicamente) as leis definidas previamente pelo Legislativo. Trata-se, portanto, de uma solução formal, que não se preocupa com o efetivo grau de *accountability* do Legislativo, ou com a efetiva possibilidade de separar direito e política (e a elaboração de critérios para realizar tal separação).

## 1.2. O cenário brasileiro: judicializando a Constituição

Os debates doutrinários que seguiram à promulgação da Constituição de 88 se encaixam no contexto de consolidação das democracias ditas emergentes. O papel das cortes nessa consolidação democrática (conforme mencionado no capítulo anterior)

---

<sup>89</sup> Sobre processo decisório e deliberação, cf. FISHKIN, James S., **When the people speak: deliberative democracy and public consultation**, New York: Oxford University Press, 2009, p. 86–88.



estava fundado na ideia de constituições “justiciáveis” (*justiciable constitutions*) ou judicializáveis.<sup>90</sup>

Primeiramente, a doutrina preocupou-se em estabelecer a aplicabilidade direta e imediata da Constituição, especialmente em relação aos direitos fundamentais sociais (pois os direitos de liberdade seriam automaticamente aplicáveis); e consolidar o seu caráter imperativo frente a opiniões que insistiam em negá-lo.

A necessidade de estabelecer a aplicabilidade da Constituição em sua integridade está enraizada na dicotomia entre direitos sociais e direitos de liberdade, que assumiu diferentes feições em diversas épocas e de acordo com a doutrina de cada país. No Brasil, ela foi abordada em termos de gerações ou dimensões de direitos fundamentais: os primeiros seriam direitos de segunda dimensão, enquanto os segundos seriam de primeira dimensão. Essa classificação ambicionava não só diferenciar os direitos, mas também estabelecer uma relação de “evolução histórica” entre eles.<sup>91</sup>

A origem da dicotomia pode ser encontrada na tradição contratualista e, mais especificamente, na concepção de estado de natureza que antecede o contrato social: uma situação pré-política em que os indivíduos são titulares potenciais de direitos de propriedade, adquiridos a partir da apropriação originária. O Estado apenas se justifica na medida em que protege as pessoas dos ataques a sua propriedade. A proteção desse direito e também da liberdade dos indivíduos – frente uns aos outros e frente ao Estado – não exigiria a atuação estatal, mas apenas a sua inação.

Dessa forma, a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais ou prestacionais se estabeleceu no pensamento político-jurídico: os primeiros, também chamados de negativos, excluem o Estado; enquanto os segundos, positivos,

---

<sup>90</sup> COUSO, Javier, Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política, **Revista de ciencia política (Santiago)**, v. 24, n. 2, p. 29 – 48, 2004, p. 36.

<sup>91</sup> O termo gerações já foi abandonado pelos teóricos brasileiros, por dar a ideia de que uma geração substituiria a outra temporalmente, sendo que na verdade essa substituição não existe, pois a relação entre eles é cumulativa. Entretanto, a troca do termo “gerações” por dimensões, também já bastante criticada, não consegue corrigir os problemas trazidos pela dicotomia em si. Para uma descrição e análise crítica da abordagem tradicional, versando tanto sobre dimensões quanto sobre gerações de direitos fundamentais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 46–57.

convidam-no e o exigem.<sup>92</sup> Direitos negativos seriam livres de custos, podendo ser imediatamente efetivados; enquanto os positivos representariam, invariavelmente, gastos para a máquina pública, e por isso sua implementação estaria sujeita à disponibilidade dos recursos necessários.

A premissa sobre a qual se funda a dicotomia, porém, é falsa. Não se pode obter liberdade apenas limitando a interferência do Estado, pois todos os direitos reclamam uma resposta governamental afirmativa e pressupõem ao menos uma máquina de supervisão, fiscalização e efetivação; o que também faz cair por terra a afirmação de que apenas os direitos sociais seriam custosos.

A imposição das leis é custosa e os direitos custam, no mínimo, as despesas para recrutar, equipar, pagar e fiscalizar o corpo de funcionários públicos que compõe o Judiciário que garante a proteção dos direitos. A liberdade depende da autoridade, e o direito de propriedade é assegurado não pela abstenção estatal, mas pela exclusão coercitiva dos não proprietários. O exercício dos direitos políticos demanda recursos (quanto custa uma eleição, referendo ou plebiscito?); e mesmo os direitos claramente destinados a proteger os cidadãos frente ao Estado exigem a criação de relações de supervisão.<sup>93</sup>

A distinção também não se sustenta no plano teórico, pois os direitos fundamentais são multifuncionais e dão origem a funções de defesa e de prestação. Daí vem a ideia de que eles devem ser encarados como feixes de posições jusfundamentais.<sup>94</sup> Tomando o direito de propriedade como exemplo: sua função de defesa é garantida pela ausência de interferências estatais arbitrárias no patrimônio do proprietário. Por outro lado, sua dimensão positiva ou prestacional é confirmada por normas, instituições, aparelho judicial e força policial, que asseguram a sua efetividade preventiva e repressivamente.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R, **El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos**, Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011, p. 60–63.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 64–75.

<sup>94</sup> Sobre o tema, cf. ALEXY, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**, 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

<sup>95</sup> NOVAIS, Jorge Reis, **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 94.

Nota-se, assim, que o problema de efetividade da Constituição brasileira estava assentado numa falsa dicotomia. A ideia de que somente os direitos sociais não teriam aplicabilidade imediata por serem custosos é insustentável, pois a questão de efetivação de direitos, quaisquer deles, envolve alocação de recursos; e a decisão de alocá-los dessa ou de outra maneira é resolvida politicamente.<sup>96</sup>

A contraposição de direitos de liberdade e direitos sociais estava, inegavelmente, na base dos argumentos formais que impossibilitavam a aplicabilidade dos segundos: a aplicabilidade imediata, por estar prevista no art. 5º, §1º, só diria respeito aos direitos previstos nesse artigo (enquanto os direitos sociais estariam principalmente nos artigos 6º e 7º); ou a ideia de que esses direitos necessitariam de regulamentação infraconstitucional para serem efetivados. Parte-se, em ambos os argumentos, de uma distinção absoluta entre as duas espécies de direitos.

A “doutrina brasileira da efetividade” havia aparentemente solucionado a questão durante a década de 90,<sup>97</sup> afirmando o caráter de direito subjetivo suscetível à tutela jurisdicional específica de todos os direitos fundamentais – tese que foi acatada pelos tribunais, causando a (hoje temida) judicialização desses direitos.

A efetivação de direitos, assim, foi promovida através do Judiciário em muitos casos de sucesso. Um dos exemplos importantes dessa atuação envolve a política pública de combate e tratamento à AIDS. Durante a década de 90, ONGs relacionadas à doença forneceram assistência judiciária aos portadores do vírus e ajuizaram diversas ações individuais que visavam não só combater a violação do direito à saúde, mas também formulavam propostas alternativas para as políticas públicas voltadas ao tratamento do HIV.

As ações foram propostas a partir de 1990 e requeriam assistência universal e gratuita aos portadores do vírus, fundamentada no direito fundamental à saúde. As ações individuais foram, aos poucos, provocando mudanças em políticas públicas. Em 1991, o medicamento AZT, um antiviral, começou a ser distribuído pelo Sistema Único de Saúde; e em 1995 todos os remédios que compunham o “coquetel da AIDS”

---

<sup>96</sup> HOLMES; SUNSTEIN, *El costo de los derechos*, p. 246–247.

<sup>97</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin, A eficácia dos direitos fundamentais sociais, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 54, p. 28, 2006.

eram fornecidos gratuitamente em todo o país.<sup>98</sup> As demandas individuais não só criaram jurisprudência favorável aos portadores como também pressionaram o Legislativo, que promulgou em 1996 a Lei n. 9313, determinando a distribuição gratuita de todo o tratamento da doença pelo SUS.

Nesse caso, as ações individuais conseguiram alterar a política pública de saúde e garantiram o acesso da população ao tratamento. O Brasil foi pioneiro em estabelecer uma política efetiva para lidar com a pandemia de AIDS e protagonizou, juntamente com a Índia e a Tailândia,<sup>99</sup> as discussões na Organização Mundial de Comércio sobre propriedade intelectual e as drogas antivirais.<sup>100</sup>

Em 1999, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a justiciabilidade do direito à saúde (RE 271.286, que envolve tratamento para o HIV). O julgado construiu os alicerces da “judicialização da saúde”, que hoje é extremamente criticada pela doutrina, apesar do sucesso dos casos envolvendo o tratamento da AIDS.<sup>101</sup> Os argumentos contrários afirmam que somente aqueles que têm acesso ao Judiciário e ajuízam ações podem receber tratamentos médicos caríssimos custeados pelo Estado, enquanto a maioria da população sofre com as mazelas do SUS.

A efetivação do direito à saúde demonstra bem o cenário da judicialização da Constituição, que após enfrentar questionamentos sobre sua aplicabilidade imediata, fundamentou decisões que efetivaram direitos fundamentais não tutelados pela

---

<sup>98</sup> VENTURA, Miriam, Strategies to promote and guarantee the rights of people living with HIV/AIDS, **Divulgação em Saúde para Debate**, v. 27, p. 239–246, 2003, p. 244–245.

<sup>99</sup> KLUG, Heinz, Law, Politics, and Access to Essential Medicines in Developing Countries, **Politics & Society**, v. 36, n. 2, p. 207–246, 2008.

<sup>100</sup> Os Estados Unidos chegaram a registrar uma reclamação na OMC contra o Brasil em 2001, afirmando que a Lei n. 9279/96, ao estabelecer a possibilidade de licenças compulsórias, violava o TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*). A reclamação foi retirada e uma declaração estabelecendo que o TRIPS não poderia relegar assuntos de saúde pública para o segundo plano foi aprovada com unanimidade na OMC.

<sup>101</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial., in: CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO; DANIEL SARMENTO (Orgs.), **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875–904; WANG, Daniel Wei Liang, Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 349–371.

Administração. Essas decisões, posteriormente, foram classificadas como manifestações da judicialização da política e questionadas por representarem violações do princípio de separação de poderes, revelando a interferência das cortes em matérias que deveriam ser decididas pelos poderes políticos.

Os julgados que concederam tratamentos de saúde de custo elevado (concederam-se inclusive tratamentos experimentais) foram vistos como extravagantes, emocionais e irrazoáveis e foram buscados critérios para regular, justificar e legitimar a atuação do Judiciário na efetivação de direitos.

Esses critérios e limitações foram criados tanto pelo próprio Judiciário (pelo Supremo Tribunal Federal) como pela doutrina. O objetivo de trazer mais racionalidade para a judicialização foi, em tese, perseguido em todos os casos abordados a seguir, embora alguns sejam inerentemente incapazes de alcançá-lo. Além disso, será buscada a demonstração de que esses instrumentos de controle do Judiciário são igualmente políticos e, portanto, não conseguem impedir a “judicialização da política” por exigirem que os magistrados façam juízos políticos a partir da perspectiva do Estado.

### **1.3. As amarras políticas disfarçadas**

#### *a) O Judiciário como legislador negativo*

Há muitos anos o Supremo Tribunal Federal recusa a si próprio o papel de inovador da ordem jurídica. Desde a criação do controle concentrado de constitucionalidade, em 1965 (na figura da representação de inconstitucionalidade) o tribunal afirma categoricamente que seu papel se resume ao de “legislador negativo”, retirando atos normativos contrários à Constituição do ordenamento.

Na representação nº 1.417-7 DF, que discutia a constitucionalidade do art. 65, §3º da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, alterada pela LC nº 54/86, o parecer do Procurador da República recomendava a interpretação conforme à Constituição do dispositivo, que estabelecia valores máximos para o auxílio moradia e auxílio transporte a serem concedidos aos magistrados (30 e 25%, respectivamente) e parecia

autorizar cada tribunal a implementar os benefícios, independentemente de autorização legal do ente federativo competente. A interpretação proposta somente tomava os valores máximos, descartando a possibilidade de implementação imediata.

O STF decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo, pois entendia (assim como, em tese, ainda entende) que a corte, ao realizar o controle de constitucionalidade, deveria atuar exclusivamente como legislador negativo. Ao optar por técnicas de controle (assim consideradas no acórdão) como a interpretação conforme ou a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, o tribunal “não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como *legislador positivo*, ou seja, o que cria norma nova.”<sup>102</sup>

Nota-se que o conceito de direito que embasa o pensamento do STF sobre seu caráter de legislador negativo é problemático, pois desconsidera a tarefa inevitável de interpretação do texto e faz referência a um sentido unívoco a ser extraído dele. Nesse caso, esse sentido seria aquele claramente atribuído pelo legislador ao criar o texto normativo (*mens legislatoris*): por causa dele, o Supremo não poderia fixar uma única interpretação como admissível (por ser constitucional, enquanto outras seriam inconstitucionais) sem criar “norma nova”, já que essa interpretação seria contrária às intenções do legislador.

Atualmente, a corte não mais se vale do argumento para inviabilizar a interpretação conforme ou a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, pois, ao contrário do que acontece no acórdão mencionado, fundamenta sua predileção pelo uso dessas técnicas (ao invés de simplesmente declarar a inconstitucionalidade do ato) no papel de legislador negativo e no respeito ao Legislativo.<sup>103</sup>

A relação, na verdade, é de mão dupla. O Supremo utiliza essa fundamentação,<sup>104</sup> mas o uso frequente dessas técnicas permite que ele se mantenha fiel à ideia de legislação negativa enquanto, na verdade, corrige o que foi feito pelo

---

<sup>102</sup> Representação nº 1.417-7 DF, p. 40, grifos no original.

<sup>103</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso, Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial, **Revista DIREITO GV**, v. 2, n. 1, p. 191–210, 2006, p. 203.

<sup>104</sup> Como exemplos, cf. RE 412.670-SC e RE 431.001-AC.

legislador. Obviamente, o tribunal dá a sua interpretação ao dispositivo para compatibilizá-lo com o que o próprio tribunal entende por constitucional.

A defesa do dogma de legislador negativo é, portanto, meramente retórica. Isso porque, em primeiro lugar, o STF se utiliza dela para fazer justamente o contrário do que diz estar fazendo: atribuir uma interpretação ao ato normativo de acordo com seu próprio entendimento da Constituição, claramente exercendo atividade criativa.

Em segundo lugar, o caráter retórico do dogma se evidencia pela própria jurisprudência da corte, que contradiz a diretriz de apenas atuar negativamente. A ideia de legislador negativo auxilia o tribunal a escusar-se de qualquer acusação de usurpação de competência legislativa, enquanto inova a ordem jurídica em várias situações, muitas delas consideradas polêmicas.<sup>105</sup>

Além disso, o argumento do “legislador negativo” é claramente político, somente por aludir às tarefas políticas atribuídas ao Judiciário em relação às tarefas atribuídas ao legislador. Esse argumento vem atrelado a uma concepção de direito e de separação de poderes e não é, de forma alguma, politicamente neutro. Ressalte-se que, dado o uso retórico desse mecanismo e da impossibilidade de operar uma completa separação entre direito e política, o não decidir ou o não se manifestar é também uma decisão política. Não há como escapar: se a questão pode ser posta perante o Judiciário, é porque o desenho institucional estabelecido na Constituição permite a sua avaliação, e a partir dessa possibilidade a opção pela “não decisão” é falsa por representar um posicionamento claramente político.

#### *b) Estabelecimento de critérios objetivos (caso específico do direito à saúde)*

O Supremo Tribunal Federal realizou uma audiência pública sobre o direito à saúde nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 5 e 6 de maio de 2009. Foram ouvidos 50 especialistas entre professores, médicos, advogados, defensores públicos, magistrados, promotores, procuradores, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde. O objetivo da audiência era o de discutir a responsabilidade dos entes da federação em relação à matéria, debatendo assuntos delicados como o fornecimento de

---

<sup>105</sup> Alguns desses casos polêmicos são abordados no capítulo 2.

prestações não abrangidas pelas políticas públicas existentes, disponibilização de tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos protocolos clínicos do SUS e o provimento de medicamento não lícito e não previsto nas listas da política nacional de medicamentos.

Em setembro de 2009, o Ministro Gilmar Mendes julgou monocraticamente os pedidos de suspensão de tutela antecipada STA 175 e STA 178, indeferindo ambos. Nesses dois casos, o Ministro se preocupou em afastar a ideia de que o Judiciário não poderia interferir na esfera de discricionariedade do Executivo em matéria de saúde pública, afirmando que muitas vezes a determinação judicial é necessária para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Entretanto, enfatizou que, após a realização da audiência, constatou-se a necessidade de redimensionar a questão da judicialização da saúde, pois o deferimento de qualquer prestação em relação ao tema pode gerar grave lesão à ordem administrativa e comprometer o SUS, prejudicando ainda mais a população mais necessitada.

As decisões, assim, buscaram estabelecer critérios objetivos a serem analisados pelos magistrados ao avaliar demandas envolvendo o direito fundamental à saúde. Em primeiro lugar, deve-se averiguar se o tratamento ou medicamento requerido está previsto em política pública, pois se está, o pedido deve ser deferido. Nesse caso, a política existe e não está implementada adequadamente, e cabe ao Judiciário assegurar o direito do demandante. Se não está, passa-se ao segundo critério, que questiona as causas da não previsão: a) omissão legislativa ou administrativa; b) há decisão administrativa de não fornecer o tratamento ou medicamento; ou c) vedação legal de fornecimento.

Se há vedação legal de fornecimento (hipótese c), ela existe porque a ANVISA ainda não avaliou o medicamento ou tratamento, ou já o avaliou e não o aprovou. A Lei nº 6.360/76 determina que nenhum medicamento não registrado na ANVISA pode ser comercializado no país. Nesses casos, o Judiciário deve negar o pedido do demandante.

Os problemas surgem nas outras duas causas de não previsão. Nesses casos, deve-se verificar se o SUS fornece algum tratamento alternativo, análogo ao buscado no processo. Se há previsão de tratamento análogo, ele deve ser utilizado, a não ser



que reste comprovado que é inadequado ou ineficiente para o paciente. É preciso, portanto, comprovar a ineficácia da política de saúde para o caso, pois o Judiciário deve privilegiar os Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único. Ressalte-se que nesse caso, o magistrado é claramente encarregado de realizar um juízo político acerca da eficiência da decisão tomada pela Administração.

Se a política pública não prevê nenhum tratamento específico para aquela patologia, há omissão administrativa, que pode ser sanada. Entretanto, se o tratamento buscado é experimental (não está, portanto, registrado na ANVISA), o pedido deve ser negado, já que o Estado não tem o dever de custear prestações de saúde sem eficácia cientificamente comprovada.

Caso o tratamento não seja experimental, sua prescrição precisa ser cientificamente corroborada (a mera receita médica seria insuficiente): a efetividade do medicamento ou tratamento deve ser provada, em conformidade com a ideia de “medicina baseada em evidências”, adotada pelo SUS. A necessidade de instrução probatória, para o Ministro, pode inviabilizar a concessão de tutela de urgência nesses casos.

Nota-se que os critérios são razoavelmente claros e objetivos, mas isso não assegura sua eficácia. Tomem-se os próprios casos concretos das STA 175 e 178 como exemplos. Os pedidos de suspensão foram apresentados pela União e pelo Município de Fortaleza, respectivamente, contra decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que determinaram o fornecimento do medicamento Zavesca pela União, Estado do Ceará e Município de Fortaleza, solidariamente. O autor da ação era portador da doença neurodegenerativa Niemann-Pick tipo C.

Não há protocolo clínico e diretriz terapêutica do SUS para essa doença e o medicamento, registrado na ANVISA, é de alto custo: R\$ 52.000,00 por mês. Relatórios médicos comprovaram que o medicamento melhoraria a qualidade de vida do portador da doença e que pode aumentar sua sobrevida; e as famílias não poderiam custear o tratamento.

Como já mencionado, os pedidos de suspensão foram indeferidos; ou seja, a concessão do medicamento foi mantida. A decisão monocrática foi confirmada no julgamento de agravo regimental interposto pela União. Apesar dos argumentos de

grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas (requisitos para a concessão da suspensão), os ministros entenderam que tal lesão não restou comprovada.

As decisões que estabelecem critérios objetivos para a judicialização do direito à saúde, portanto, concederam o tratamento pleiteado. É no mínimo significativo que esse tenha sido o resultado dos casos. Afinal, os critérios foram criados para frear decisões consideradas irrazoáveis e emotivas.

Os critérios, embora claros e objetivos, ainda deixam ao juiz questões difíceis (como não poderia deixar de ser). No caso de omissão administrativa, ou de tratamento previsto inadequado, ele se depara com os problemas complexos apontados pela doutrina que critica a judicialização: a escassez de verbas públicas, o desequilíbrio orçamentário, as consequências de sua decisão para a coletividade (questões de macrojustiça, abordadas a seguir), o risco de vida do autor da ação e o estabelecimento de tratamento desigual ao autor em relação aos demais cidadãos portadores da mesma enfermidade. Os critérios, nesses casos, são de pouca valia. Eles são demasiadamente abstratos e não resolvem as questões mais delicadas envolvidas na efetivação do direito à saúde; e parece ser extremamente difícil, talvez impossível, criar diretivas capazes de tanto. Nota-se também que nos casos de omissão da Administração Pública os magistrados são encarregados com a realização de um juízo eminentemente político que exige a avaliação de diversos aspectos complexos. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma escolha política e uma avaliação da política pública em seus aspectos omissos.

A carga emocional envolvida nas ações que envolvem o direito à saúde também contribui para a inefetividade dos critérios criados. O fato de que o desfecho do caso tem impacto direto sobre a continuidade da vida da parte dificulta a tomada de decisão: esse aspecto emotivo não foi considerado na criação dos critérios e ele é, muitas vezes, determinante.

Existem, na verdade, diversos fatores que podem inviabilizar o uso dos critérios nos casos concretos. Um deles é o próprio custo das demandas. No Paraná, são comuns as ações requerendo o medicamento brometo de tiotrópio (Spiriva) para o tratamento da doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC). O tratamento tem um custo anual aproximado de R\$ 1.200,00 por paciente, mas ele não é fornecido pelo SUS porque outro medicamento é oferecido – o salmetrol. Não existem evidências que

o brometo de tiotrópio seja mais eficiente que o salmetrol, que é ainda mais barato, mas o medicamento fornecido gratuitamente precisa ser ministrado mais vezes durante o dia. Trata-se, portanto, de uma questão de conforto do portador da enfermidade. Provavelmente esses pedidos não seriam considerados procedentes mediante a aplicação dos critérios, mas o juiz sequer tem a chance de utilizá-los. Como o tratamento é de baixo custo, a Procuradoria do Estado costuma não contestar e requerer o cumprimento da decisão judicial à Administração. A Procuradoria estima que cada processo judicial tem um custo médio de três mil reais, o que a leva a considerar a resistência a esse tipo de demanda como ineficiente.

Previsível, portanto, o tímido sucesso dos mencionados critérios. O estabelecimento da responsabilidade solidária dos três entes federados para matéria de direito à saúde (RE 271.286) possibilita aos litigantes a escolha de contra quem demandar e multiplicam-se, em todo o país, as ações que visam a obtenção de medicamento ou tratamento não previsto pela política nacional de saúde propostas contra os três entes federativos simultaneamente (Município, Estado e União). Uma prova de que os critérios não obtiveram o resultado esperado está nos gastos públicos causados por decisões judiciais em matéria de saúde. Em 2014, o Estado do Paraná gastou mais de 90 milhões de reais com medicamentos determinados por decisões judiciais, sendo que o gasto total com a política de medicamentos (excluídas as demandas judiciais mas incluídos os medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde) foi de 595 milhões – ou seja, as decisões ensejaram uma despesa 15% superior ao determinado pela política pública.<sup>106</sup>

*c) Critérios elaborados pela doutrina: a reserva do possível e o mínimo existencial*

Tanto o mínimo existencial como a reserva do possível são critérios criados pela doutrina para limitar a atuação do Judiciário na efetivação de direitos sociais. Ambos buscaram trazer certa racionalidade às prestações jurisdicionais sobre o tema, mas algumas questões inerentes à sua formulação precisam receber maior atenção.

---

<sup>106</sup> Foram exatamente R\$ 90.417.042, 64. Os dados são calculados pelo Centro de Medicamentos Básicos do Paraná (CEMEPAR), que integra a Secretaria Estadual de Saúde.

Remonta-se a origem da aplicação da *reserva do possível* a um acórdão da Corte Constitucional alemã, datado de 1972.<sup>107</sup> No Brasil, a difusão da expressão é atribuída ao julgamento da ADPF 45, que impugnava o veto presidencial sobre dispositivo legal que tratava da destinação de verbas para a saúde.<sup>108</sup> Genericamente, esse critério afirma que o Estado não tem obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Especificamente, sustenta-se que a reserva do possível tem uma dimensão tríplice, que abrange a real disponibilidade de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos (relacionada com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas); e a proporcionalidade, exigibilidade e razoabilidade da prestação exigida.<sup>109</sup>

Segundo a doutrina, trata-se não de elemento integrante dos direitos fundamentais (não integra nem seu núcleo essencial nem seus limites imanes), mas de limite fático e jurídico à sua efetivação, que pode atuar também como sua garantia (para exigir a indisponibilidade dos recursos necessários para salvaguardar determinado direito fundamental numa situação de conflito entre esses direitos).<sup>110</sup> Ela também é relacionada ao risco de insolvência do Estado.<sup>111</sup> Atualmente, a reserva do

---

<sup>107</sup> Tratava-se do caso de dois estudantes que pleiteavam acesso ao curso superior de Medicina (e que lhes havia sido negado pelo número limitado de vagas) e questionavam a compatibilidade dos critérios *numerus clausus* que fixavam requisitos para o ingresso nas faculdades com a Constituição. A conclusão da Corte foi de que as regras não violavam a livre escolha da profissão, mas apenas limitavam o acesso às vagas. Não haveria que se falar em um direito subjetivo de acesso ao ensino superior, a ser obtido em juízo, pois este estaria submetido ao limite daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado. Sobre o assunto, ver PEREIRA, Ana Lucia Pretto, **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**, Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 6–13.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 18–19.

<sup>109</sup> SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 187.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>111</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; KANAYAMA, Rodrigo Luís, A solvência absoluta do Estado vs. a reserva do possível, *in*: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; DA GAMA, João Taborda (Orgs.), **Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches**, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, v. 1, p. 149–152.

possível tem sido amplamente debatida pela doutrina<sup>112</sup> e vem sendo abordada nas decisões do STF desde 2007.<sup>113</sup>

Algumas das questões inerentes à reserva do possível já são apontadas pela doutrina. O critério não pode ser utilizado como “argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais”.<sup>114</sup> Nesse sentido, é necessário que o poder público comprove que os recursos são de fato indisponíveis, e que essa indisponibilidade é decorrente de sua aplicação eficiente conforme as leis orçamentárias. Note-se que deve ser evidenciado o aproveitamento eficiente de recursos. A aplicação do critério da forma já preconizada pela doutrina reduziria imensamente a sua incidência, visto que nem sempre o Estado consegue demonstrar essa correta alocação.

Além disso, argumentos acerca da reserva do possível, escassez de recursos e reserva orçamentária precisam também considerar que o Estado brasileiro revela seu descaso em relação a muitos direitos fundamentais também através do descumprimento do orçamento. O nosso sistema orçamentário “aceita como fato normal a inexecução ampla e imotivada do orçamento, embora a sua elaboração envolva os três Poderes – com destaque para o Executivo e o Legislativo – em complexo processo decisório”.<sup>115</sup> As exigências constitucionais para a elaboração do orçamento são respeitadas, mas o seu descumprimento, pelo fato de que o orçamento é, em regra, meramente autorizativo (e não vinculativo), é usual.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> Cf. obra sobre o tema: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>113</sup> WANG, Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF, p. 358.

<sup>114</sup> SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 356.

<sup>115</sup> MENDONÇA, Eduardo, Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas, *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.), **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 232.

<sup>116</sup> Tornar o orçamento impositivo poderia ser uma solução para o problema, mas a doutrina alerta que isso poderia fazer com que o Executivo fixasse despesas baixíssimas em razão da vinculação. Atualmente, as emendas impositivas ao orçamento, propostas por parlamentares, são uma possibilidade, desde que foram previstas na Lei Orçamentária Anual para o exercício 2014 (Lei n.

Tome-se como exemplo a Lei Orçamentária Anual de 2005. Das verbas destinadas ao desenvolvimento da educação infantil, apenas 51,68% foram efetivamente gastas. Em relação ao saneamento ambiental urbano, essa proporção foi de 28,33%. Para o Fundo Penitenciário Nacional foram consumidos somente 58,2% das verbas atribuídas na LOA, e ao programa de estímulo à eficiência energética, apenas 0,3%.<sup>117</sup> Dá-se ao Poder Executivo a possibilidade de decidir não gastar naquilo que foi planejado. Os recursos não liberados são usados para amortizar a dívida pública ou tornam-se saldo não empregado, constituindo o chamado *superávit primário*.<sup>118</sup> Levada à sério, a categoria só poderia ser aplicada excepcionalmente, já que a comprovação dos seus pressupostos geralmente é impossível.

Já o *mínimo existencial* reduz a jusfundamentalidade dos direitos sociais às condições mínimas para uma existência digna, necessária para o exercício dos direitos de liberdade.<sup>119</sup> Ele atenderia também, em tese, à necessidade de assegurar ao núcleo essencial dos direitos fundamentais uma força normativa mínima, dando-lhe algum conteúdo. O critério é fundamentado em uma concepção liberal dos direitos fundamentais: somente os direitos de liberdade seriam autênticos direitos fundamentais,<sup>120</sup> e o direito ao mínimo existencial seria imprescindível para o exercício de tais direitos – estaria aí assegurada a sua jusfundamentalidade e seu caráter de direito subjetivo público de eficácia imediata. Embora não se negue que os direitos sociais existam (e que eles superam a categoria do mínimo), eles só são

---

12.919/13). Entretanto, sua implementação parece atender a disputas de interesse no Congresso Nacional e são usadas no jogo político. Sobre o tema, cf. KANAYAMA, Rodrigo Luís, Reflexões sobre o orçamento impositivo: as emendas individuais impositivas, **Revista de Direito Público da Economia**, v. 47, p. 239–256, 2014.

<sup>117</sup> MENDONÇA, Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas, p. 239 e 242.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 236–237.

<sup>119</sup> A origem da categoria também pode ser remontada ao pensamento jurídico alemão. Surgiu da ideia de que o indivíduo desprovido de recursos materiais mínimos para uma vida adequada não teria sua dignidade respeitada. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Fichtner, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

<sup>120</sup> TORRES, Ricardo Lobo, **O direito ao mínimo existencial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 139.

direitos fundamentais no limite do mínimo existencial.<sup>121</sup> Note-se que esse critério se baseia na distinção entre direitos sociais e de liberdade, já refutada anteriormente.

O mínimo existencial funcionaria como um critério e um limite para a efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário, pois somente a parcela dos direitos sociais correspondente a ele poderia ser judicialmente exigida pela população. A superação desses limites configuraria sério risco democrático e atentado à saúde financeira do orçamento público.

A categoria é adotada por uma parcela considerável de autores brasileiros, mas essa adoção é diferenciada devido à divergência acerca de seu conteúdo. Embora exista certo consenso em relação a sua variabilidade no tempo e no espaço, alguns doutrinadores afirmam que é possível dar certa determinação ao mínimo existencial, baseando-se nas prioridades estabelecidas na Constituição de cada Estado;<sup>122</sup> enquanto outros defendem que o seu conteúdo só pode ser determinado em cada caso concreto.<sup>123</sup>

Autores da primeira corrente estabelecem como conteúdo prévio do mínimo existencial (pois ainda sujeito a variações de acordo com o espaço-tempo) a educação básica (educação infantil, ensinos fundamental e médio);<sup>124</sup> saúde básica (prestações disponíveis a todos, englobando tudo o que os indivíduos em geral necessitaram, necessitam ou necessitarão);<sup>125</sup> assistência aos desamparados (ao menos a exigência de bens *in natura* para alimentação, vestuário e abrigo);<sup>126</sup> e acesso à justiça (atuação do Ministério Público na propositura de ações civis públicas em defesa dos direitos dos marginalizados, a Defensoria Pública e assistência judiciária gratuita).<sup>127</sup>

---

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 41–43.

<sup>122</sup> BARCELLOS, Ana Paula de, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 300–302.

<sup>123</sup> SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 309–332.

<sup>124</sup> BARCELLOS, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 303–308.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 322.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 339.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 341–349.

A definição prévia do mínimo é austera e insuficiente, mesmo que se enfatize que se trata apenas de conteúdo prévio a ser definitivamente delimitado no caso concreto. Entretanto, isso não faz com que a ausência de qualquer determinação prévia seja melhor opção, pois o critério é aberto: o magistrado pode estabelecer uma definição mais rígida e insuficiente que a construída pela ideia de conteúdo prévio e, dessa forma, inviabilizar a tutela de direitos fundamentais no caso.

O mínimo também parece ignorar a existência de tutela coletiva no país. Afinal, o requerimento, pela via judicial, do mínimo existencial para uma quantidade significativa de pessoas (ex. ensino médio de qualidade para todos os adolescentes de uma grande capital), seria, de acordo com o critério, possível e exigível. O conceito, como limitador da atuação política desenfreada do Judiciário, não teria nenhuma utilidade.

O critério, que pretende ser um promotor da dignidade da pessoa humana, na verdade termina por funcionar mais como um justificador das gritantes desigualdades sociais do país. A definição do mínimo classifica a pobreza em duas espécies: a pobreza absoluta, que é equivalente à miséria e deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado; e a pobreza relativa, que é vinculada a causas de produção econômica ou redistribuição de bens, e que deve ser reduzida de acordo com as possibilidades orçamentárias.<sup>128</sup> O mínimo existencial se destinaria somente à redução da pobreza absoluta.

A consequência final da adoção desse critério é que a pobreza relativa não é um problema do Judiciário: está fora de sua alçada e não há nada que possa ser feito através dele para combatê-la. Ao menos no âmbito do Poder Judiciário, o mínimo existencial atua como um justificador da pobreza relativa. Atente-se: não se está defendendo que o Judiciário tem possibilidade de erradicar, por si só, a pobreza (seja ela relativa ou absoluta) do Brasil, mas um critério norteador da atividade jurisdicional não pode ser formulado dessa maneira. Não é possível esquecer que se trata de um limitador da tutela. Inevitavelmente, ele manda a mensagem de que somente a erradicação da pobreza absoluta pode ser exigida de forma incontornável ao poder

---

<sup>128</sup> TORRES, **O direito ao mínimo existencial**, p. 14.



público. Mas o que pode ser feito em relação à pobreza relativa? O que a população pode fazer para exigir sua redução?

A classificação da pobreza em níveis jurisdicionalmente aceitáveis é demasiado perversa. O estabelecimento de um critério para a atuação do Judiciário na *efetivação de direitos* que se baseia em pobreza aceitável, e até certo limite, juridicamente justificável, é extremamente conservador e pode servir à legitimação de desigualdades gritantes.

Por fim, as diferenças entre os critérios levam os autores a divergirem quanto a sua aplicação simultânea: a reserva do possível é critério negativo, criando uma exceção ao dever estatal de efetivar direitos; enquanto o mínimo existencial é positivo, definindo o que pode ser definitivamente exigido pelos cidadãos, perante o Judiciário. Assim, para uns, o mínimo existencial não está sujeito às restrições da reserva do possível;<sup>129</sup> enquanto para outros, necessariamente está.<sup>130</sup> Ora, aplicar a reserva do possível ao mínimo existencial inutiliza completamente a segunda categoria, pois, afinal, só se está aplicando a reserva do possível como critério limitador da atividade jurisdicional. O mínimo só pode conviver com a reserva do possível se for considerado um critério independente dela. Ainda assim, a categoria padece de todos os males acima mencionados e pouco auxilia a atividade do juiz, que ainda terá que fixar o que exatamente é o mínimo.<sup>131</sup>

É preciso ressaltar que a aplicação tanto da reserva do possível quanto do mínimo existencial exige que o juiz faça juízos eminentemente *políticos*. No primeiro caso, ele deve refletir sobre a razoabilidade do que é requerido pela parte frente à disponibilidade de recursos públicos; enquanto no segundo caso, deve determinar qual é o patamar mínimo de efetivação de um direito fundamental pelo Poder Público para

---

<sup>129</sup> Só os direitos sociais (diferentes dos direitos fundamentais sociais, que integram o mínimo existencial) estariam sujeitos a tais limitações. TORRES, Ricardo Lobo, O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

<sup>130</sup> SARLET; FIGUEIREDO, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 27.

<sup>131</sup> O critério, entretanto, é expressamente mencionado no Projeto de Lei nº 8.058/14, que institui processo especial para o controle de políticas públicas pelo Judiciário.

atender à dignidade de uma pessoa. Ambos os critérios envolvem questões claramente políticas e convidam o juiz a decidir sobre esses aspectos, mas atentando para a perspectiva do Estado, que afirma que não existem recursos suficientes para a efetivação de todos os direitos fundamentais. Ambos falham, portanto, na missão de impedir que o Judiciário tome decisões de carga política e não resolvem o problema da judicialização.

*d) A deferência à Administração e a ausência de conhecimento técnico*

A doutrina também buscou enfatizar a ausência de conhecimento técnico do Judiciário e a necessidade de adoção de uma postura de deferência em relação às decisões que envolvessem esse tipo de conteúdo.<sup>132</sup> A decisão do agente do Poder Público fundada em conhecimento científico deveria, portanto, ser preservada, pois estaria fora do âmbito jurídico de análise.

Para justificar tal posição, autores se valem do conceito de discricionariedade técnica. O conceito, por si só, parece padecer de contradições internas, já que une dois termos opostos: a discricionariedade, relacionada a um espaço de livre decisão do agente (comumente ligada, na esfera administrativa, a um juízo de conveniência e oportunidade<sup>133</sup>); e a técnica, aludindo a um conhecimento que aponta a escolha tecnicamente mais apropriada.

Autores muitas vezes mencionam o conceito para se referirem a uma esfera não sujeita a controle jurisdicional. Assim, uma decisão da ANVISA acerca do registro de determinado medicamento envolveria conhecimentos técnicos, e por causa

---

<sup>132</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda, Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência, **Interesse Público**, n. 16, p. 23–38, 2002, p. 30; WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonarcosi de; COLOMBO, Daniel Gama e, Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira, *in*: SCHAPIRO, Mário Gomes (Org.), **Direito Econômico Regulatório**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279.

<sup>133</sup> BINENBOJM, Gustavo, A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos, **Revista brasileira de direito público**, v. 13, 2008.

desse conhecimento, não dominado pelo magistrado, impassível de avaliação pela via judicial.<sup>134</sup>

Originalmente, o conceito, elaborado pela doutrina italiana, indicava situações em que o agente se apoiava em critérios técnicos mas exercia seu juízo com base em conveniência e oportunidade – definição que atenua o estranhamento causado pelos dois termos opostos. Nessa acepção, ele não se aplicaria aos casos em que o agente depende da manifestação de técnicos de determinada área para decidir, e em que essa manifestação aponta uma única solução possível.<sup>135</sup>

Qualquer seja o sentido adotado, nada impede que o juiz se apoie em pareceres técnicos e perícias de especialistas na área de conhecimento em análise.<sup>136</sup> A presença de questões técnicas no caso a ser julgado não afasta o juiz de casos que envolvam, por exemplo, direito civil, e não haveria porque afastá-lo de casos de direito administrativo ou constitucional. A restrição, por si só, carece de sentido. Mesmo que fosse adotada a acepção italiana original do conceito, não existem campos do ato administrativo imunes ao controle jurisdicional, segundo parcela significativa da doutrina brasileira.<sup>137</sup>

A ideia de deferência é também ligada ao domínio de conhecimentos técnicos, como já mencionado. Segundo ela, o Judiciário deveria se portar com deferência em relação ao Legislativo e ao Executivo, evitando imiscuir-se em assuntos que estão na esfera decisória dos poderes ditos políticos. O instrumento de controle, mais uma vez, é eminentemente político.

---

<sup>134</sup> SUNDFELD; CÂMARA, Controle judicial dos atos administrativos, p. 32; ROMAN, Flávio José, O controle da discricionariedade da Administração pelo princípio constitucional da proporcionalidade, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 67, p. 52, 2009, p. 9.

<sup>135</sup> Cf. explicação em FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração, **Revista do IBRAC**, n. 4, p. 87–88, 1997.

<sup>136</sup> GRAU, Eros Roberto, Discricionariedade técnica e parecer técnico, **Revista de Direito Público**, v. 93, p. 114–121, 1990.

<sup>137</sup> BINENBOJM, A constitucionalização do direito administrativo no Brasil, p. 17; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Discricionariedade administrativa e controle judicial da Administração, **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, v. 14, 2002, p. 4; HACHEM, Daniel Wunder, **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 311 e ss.

Especificamente em relação à questão do controle jurisdicional de atos regulatórios, a doutrina utiliza a ideia de deferência, baseando-se na experiência estadunidense.<sup>138</sup> Entretanto, a dinâmica da relação entre Administração e Judiciário nos EUA é bem mais complexa. Não se trata apenas de deferência do Judiciário à Administração, mas também de deferência da Administração ao Judiciário. A relação é certamente de mão dupla e contrasta com o cenário brasileiro, em que muitas vezes os poderes demonstram insolência em relação um ao outro. A inefetividade geral das decisões do Judiciário revela-se ainda mais dramática em relação ao Estado, devido ao sistema de precatórios (que será debatido nos próximos capítulos).

As formas de revisão judicial de atos de agências administrativas estadunidenses geralmente são previstas nas leis orgânicas das agências ou nas chamadas “leis substantivas” ou “autorizadoras”, que determinam seus modos de atuação. Em alguns casos, os atos e decisões serão revisados por uma *U.S. District Court*, o primeiro grau do Judiciário Federal; enquanto outras leis irão prever a propositura da ação diretamente em uma *U.S. Court of Appeals* (segundo grau). Além disso, o *Administrative Procedure Act* (APA, 1946) estabeleceu critérios para que as cortes considerassem ilícitos atos provenientes da Administração. O APA por vezes é citado na doutrina brasileira como um exemplo de deferência,<sup>139</sup> mas o contexto de seu surgimento evidencia justamente o contrário.

O auge da incompatibilidade entre o Judiciário e a Administração nos EUA se deu na década de 20 e durante o período do *New Deal*. A criação do Estado administrativo do *New Deal* deu-se em repúdio ao legalismo, criando instituições flexíveis, dotadas de expertise e *accountability* política. O surgimento do APA marcou o retorno da ideia de que o controle jurisdicional é indispensável à contenção da Administração.<sup>140</sup> Mesmo assim, muitas vezes as cortes afirmavam a legitimidade das agências para interpretar as leis que elas mesmo aplicavam e que deveriam portar-se

---

<sup>138</sup> BINENBOJM, Gustavo, Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil, **Revista Eletrônica de direito administrativo econômico**, n. 3, 2006, p. 4 e ss.; WANG; PALMA; COLOMBO, Revisão judicial dos atos das agências reguladoras, p. 271.

<sup>139</sup> WANG; PALMA; COLOMBO, Revisão judicial dos atos das agências reguladoras, p. 272.

<sup>140</sup> SUNSTEIN, Cass R., Law and Administration after “Chevron”, **Columbia Law Review**, v. 90, n. 8, p. 2071–2120, 1990, p. 2072.

com deferência sempre que essas interpretações fossem razoáveis. Assim, até 1984, as decisões judiciais pareciam estabelecer *ad hoc* as razões para intervenção ou deferência.<sup>141</sup>

Em 1984, a Suprema Corte julgou o caso *Chevron Inc. v. National Resource Defense Council* e estabeleceu a deferência do Judiciário às decisões e interpretações das agências. Primeiramente, o julgador deveria questionar se a lei era explicitamente contrária à decisão da agência, e em segundo lugar, avaliar se a decisão era razoável. Entretanto, no mesmo julgado, a Corte afirmou que qualquer princípio de deferência está condicionado às instruções provenientes do Legislativo.<sup>142</sup> Ou seja, o Judiciário deve preservar as decisões das agências apenas quando a lei assim estabelece.

O princípio geral de deferência foi aplicado diversas vezes depois de *Chevron*, mas ao mesmo tempo a própria Suprema Corte rejeitou várias decisões das agências.<sup>143</sup> Embora o caso seja frequentemente citado como exemplo de deferência – o que de fato ele é – a aplicação do precedente não é tão uniforme quanto aparenta ser. Na verdade, nem poderia ser, pois uma agência não pode definir a extensão de sua competência ou de sua autoridade, especialmente quando se trata de negá-la em relação a um grande número de casos. A predisposição para um resultado impede a formação de uma decisão minimamente imparcial,<sup>144</sup> e é preciso discutir mais que conhecimento técnico nesses casos – a atuação do Judiciário se revela, assim, essencial.

O APA estabelece que o Judiciário deve considerar ilícito todo ato das agências que seja arbitrário ou revele abuso de discricionariedade; seja contrário a direito, imunidade, poder ou privilégio constitucional; que exceda o seu papel, autoridade ou limitações estabelecidas por lei; que não observe os procedimentos legalmente determinados ou que não seja embasado em provas acerca dos fatos envolvidos no caso. Além de considerar ilícito, a corte pode impedir a agência de

---

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 2081–2082.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 2083–2084.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 2085.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 2100.

prosseguir com o comportamento ilegal (nesse caso, trata-se de uma ordem ou *injunction*). Nos dois casos, geralmente o Judiciário reenvia o ato ou o procedimento administrativo à agência para que possa refazê-lo, considerando os argumentos do magistrado.<sup>145</sup> Não há vinculação a um determinado resultado, na maioria das vezes. Excepcionalmente, uma corte pode até reenviar o caso à agência sem proferir qualquer declaração (essa é uma possibilidade considerada polêmica).

A conduta de reenvio (*remand*), entretanto, também por vezes não é aplicada. Caso o Judiciário entenda que o procedimento, ou até a própria agência, estejam comprometidos em termos de imparcialidade, pode decidir definitivamente. Nos casos coletivamente chamados de “*Plan B litigation*”,<sup>146</sup> que envolviam a aprovação e o licenciamento (com determinação das condições de venda – atrás do balcão ou de livre acesso, com ou sem receita médica, vendida para maiores de 16 ou para pessoas de qualquer idade) da pílula do dia seguinte pelo FDA (*Food and Drug Administration*). A demora excessiva na concessão ou recusa do pedido levou ao ajuizamento da primeira ação, em 2006, na qual o juiz estabeleceu a irregularidade do caso e permitiu que fossem requeridas e produzidas provas acerca do procedimento interno. Em 2009, o juiz considerou arbitrária a conduta do FDA mas reenviou o caso à agência. Por fim, em 2013, o magistrado se vale dos pareceres técnicos da própria agência para decidir o caso diretamente, regulamentando a distribuição do medicamento (vendido atrás do balcão, sem receita, para pessoas de qualquer idade). Havia evidências, divulgadas na mídia e em relatório de comissão investigativa, de que a agência não estava focada nos aspectos técnicos do medicamento, mas sim em questões morais.

Em alguns casos, o Judiciário ordena à agência que elabore um ato regulatório, seguindo os ditames da lei, estabelecendo (ou não) prazos para o cumprimento dessa ordem.<sup>147</sup> Um precedente importante (e extremo) da Suprema Corte estabelece que juízes federais podem ordenar o aumento de impostos (mesmo se isso violar lei estadual) para que sejam obtidos os recursos necessários para o

---

<sup>145</sup> LEVINE, David I.; JUNG, David J.; THOMAS, Tracy A., **Remedies: public and private**, 5. ed. St. Paul: Thomson/West, 2009, p. 43–44.

<sup>146</sup> *Tummino v. Von Eschenbach, Tummino v. Torti, Tummino v. Hamburg*.

<sup>147</sup> *Illinois v. Costle, National Defense Council v. EPA, In re Core Communications*.

cumprimento de ordem judicial.<sup>148</sup> Esse precedente não foi revogado ou modificado, apesar de sua radicalidade.

Todos esses exemplos evidenciam a complexidade da relação entre o Judiciário e a Administração Pública nos EUA. Certamente há deferência, mas ela não é absoluta. E, além disso, ela é mútua: a Administração é também deferente. Em regra, não se admite a assimetria na aplicação de políticas públicas, o que significa que se o Judiciário afirma que uma decisão ou ato da Administração é ilegal, a política deve ser modificada em relação a todos, mesmo que a ação que originou a discussão seja individual.

Somente excepcionalmente uma entidade da Administração Pública pode seguir aplicando uma política declarada ilegal; e precisa justificar sua atuação. Para isso, foi elaborada a *nonacquiescence doctrine* (doutrina ou teoria da discordância), que permite que o ente modifique a política somente na área de competência do órgão jurisdicional (por exemplo, uma decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região vincularia Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul), mas continue com a mesma conduta em outras localidades. Isso é permitido para que a política seja avaliada por tribunais de outras regiões, ou até mesmo pela Suprema Corte. Ainda assim, não haverá diferença de tratamento para a população daquela área.

A forma mais polêmica de *nonacquiescence*<sup>149</sup> preconiza que a decisão só precisa ser cumprida em relação ao autor da ação, fundamentando esse entendimento na probabilidade de que a política seja declarada lícita por outras cortes e no alto custo da modificação, e posterior retorno ao *status quo*, da política pública.<sup>150</sup> A Suprema Corte já descartou essa modalidade implicitamente, mas a polêmica permanece.<sup>151</sup>

A propositura de uma *class action*, entretanto, inviabiliza totalmente a *nonacquiescence*. Se a ação é proposta contra uma agência federal, a política será

---

<sup>148</sup> *Jenkins II (Missouri v. Jenkins)*.

<sup>149</sup> São três formas de *nonacquiescence*: *inter-circuit*, *intra-circuit* e *non-acquiescence in face of venue choice* (as mencionadas são as duas primeiras, sendo que a polêmica é a *intra-circuit*).

<sup>150</sup> ESTREICHER, Samuel; REVESZ, Richard L., *Nonacquiescence by federal administrative agencies*, **Yale Law Journal**, v. 98, n. 4, p. 681–772, 1989.

<sup>151</sup> Em *Ashcroft v. Al-kidd*.

alterada no país todo. Até mesmo em ações individuais o Judiciário pode contornar essa doutrina de discordância, emitindo uma ordem de eficácia geral, para a proteção de toda a população ou do grupo.<sup>152</sup> Também a deferência, portanto, confirma a complexidade já mencionada.

Parte da doutrina estadunidense critica ferozmente a doutrina da discordância em todas as suas modalidades, pois considera inaceitável a propagação de tratamento desigual pela Administração. A existência dessa doutrina e da própria necessidade de justificar tal conduta poderia causar estranhamento a alguém habituado à realidade brasileira. A discussão doutrinária, nos Estados Unidos, passa ao largo de questões processuais de eficácia subjetiva da coisa julgada. Trata-se de um problema de tratamento desigual de entidades estatais; o que é considerado inadmissível. Afinal, o Estado não é um ente privado, que pode pautar sua conduta exclusivamente com base em seus interesses e na eficiência econômica de seus atos (o chamado interesse público secundário, no Brasil). Se uma decisão ou política pública é ilegal ou inconstitucional, ela não pode ser mantida nessas bases.

A deferência (não absoluta) entre entes públicos pode ser fortalecedora de práticas democráticas. Mas não se pode esquecer que ela não pode ser unilateral: precisa sempre ser mútua. No Brasil, não há que se falar em deferência na atualidade, em que os poderes do Estado constantemente desprezam orientações um do outro. O caminho a percorrer, se esse for considerado um objetivo a ser perseguido, é longo e certamente não passa pela imitação do modelo estadunidense. A relação entre o Judiciário e demais entidades estatais, como já exaustivamente afirmado, é complexa e particular.

#### **1.4. Uma proposta: o direcionamento ao processo coletivo**

##### *a) Micro e macrojustiça*

---

<sup>152</sup> LEVINE; JUNG; THOMAS, **Remedies**, p. 75–76.



Há quem procure estabelecer o que pode ser objeto de controle jurisdicional em matéria de políticas públicas. Ana Paula de Barcellos sugere cinco campos de atuação: (i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; (ii) o resultado final esperado das políticas públicas; (iii) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e (v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos.<sup>153</sup>

A autora até vislumbra a possibilidade desse controle ser realizado via ações individuais, mas afirma que a tutela coletiva favoreceria a obtenção de uma solução geral e propiciaria uma discussão sobre planejamento estatal e recursos disponíveis.<sup>154</sup>

O direcionamento ao processo coletivo é apontado como uma saída aos vários problemas acarretados pela judicialização da política e pela efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário. Nele, os perigos de estabelecimento de tratamento desigual a cidadãos em situação semelhante, como no caso da efetivação do direito à saúde (em que só o autor recebe o tratamento, enquanto os demais que sofrem da mesma moléstia seguem sem obtê-lo), seriam combatíveis. Afinal, uma decisão em um processo coletivo pode ter, segundo o Código de Defesa do Consumidor, efeitos *erga omnes* (na tutela de direitos difusos) ou *ultra partes* (na tutela de direitos coletivos, afetando toda a coletividade determinável que é titular do direito) e mesmo aqueles que não foram partes no processo poderiam se beneficiar da decisão.

O processo coletivo teria, em tese, potencial para resolver os embates entre micro e macrojustiça. O Judiciário, condicionado para resolver casos concretos e problemas individuais – questões de microjustiça – não estaria apto a dimensionar o impacto de suas decisões para a coletividade – macrojustiça.<sup>155</sup> O próprio processo, de matriz individualista, dificultaria a análise para além das partes envolvidas e do

---

<sup>153</sup> BARCELLOS, Ana Paula de, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 116–124.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 115; BARROSO, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.

conflito deduzido em juízo. No caso da efetivação de direitos sociais, o magistrado resolveria o problema do caso, ignorando o impacto que sua decisão teria na esfera de outras pessoas, como os cidadãos na mesma situação que não receberam o mesmo tratamento ou o desvio de recursos que seriam utilizados para a satisfação de outros direitos. Em processos coletivos essa dificuldade seria contornada, ou ao menos atenuada, pois o julgador teria que lidar com questões essencialmente coletivas já de início.

A distinção entre micro e macrojustiça está na base desse argumento pró processo coletivo. No nível micro, questões de justiça dizem respeito às necessidades do indivíduo e às relações entre indivíduos. Por outro lado, o nível macro se concentra na sociedade como um todo e se preocupa com o seu desenvolvimento.<sup>156</sup> Micro e macrojustiça são, na verdade, perspectivas de análise e não podem ser automaticamente conectadas às distinções e categorias usuais da temática de justiça.<sup>157</sup> As duas perspectivas podem ser aplicadas ao conceito de justiça distributiva (focada na distribuição justa de benefícios, responsabilidades, oportunidades e encargos), de justiça procedimental (em que o critério de justiça está no procedimento decisório, com exigências de participação dos afetados), justiça interacional (focada no tratamento justo recebido pelas pessoas), justiça restaurativa (preocupada com a dignidade das vítimas) ou justiça retributiva (que se refere à punição dos que cometem atos contrários à lei). Tomando a justiça distributiva como exemplo, uma perspectiva macro estaria preocupada com igualdade material entre os sujeitos; enquanto o ponto de vista micro consideraria justa a distribuição que é proporcional à contribuição de cada um deles.

Na verdade, o direcionamento ao processo coletivo é a única das soluções apontadas para a judicialização da política que não é propriamente um mecanismo de

---

<sup>156</sup> LILLIE, Christine; JANOFF-BULMAN, Ronnie, Macro versus micro justice and perceived fairness of truth and reconciliation commissions., **Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology**, v. 13, n. 2, p. 221–236, 2007, p. 222.

<sup>157</sup> Alguns autores, entretanto, fazem exatamente isso, conectando a macrojustiça à igualdade e a microjustiça à equidade. SINCLAIR, Robert C.; MARK, Melvin M., Mood and the Endorsement of Egalitarian Macrojustice Versus Equity-Based Microjustice Principles, **Personality and Social Psychology Bulletin**, v. 17, n. 4, p. 369–375, 1991, p. 369.

controle e que não é de caráter eminentemente político. Defender o uso do processo coletivo é uma forma de procurar lidar com as possíveis consequências negativas e desiguais de ações contra o Estado, mas não impede a discussão de questões “políticas” no Judiciário, nem busca limitar o âmbito de atuação da tutela jurisdicional. Ao invés de negar, o incentivo ao processo coletivo afirma a possibilidade de discussão de decisões tomadas pelo Estado, principalmente quando elas implicam violações de direitos; e busca assegurar que a tutela jurisdicional beneficie os cidadãos de forma isonômica.

Entretanto, as expectativas para o processo coletivo são demasiado altas e não correspondem à realidade. Ele sofre problemas na sua implementação, que decorrem principalmente da conformação a um sistema de Direito Processual que é marcadamente individualista. Todos os seus institutos foram pensados para a tutela de direitos privados individuais, e esses institutos por vezes entram em conflito com as finalidades coletivizadoras e públicas do processo coletivo. A sua aplicação, com plena efetividade, depende da perversão de dogmas do sistema,<sup>158</sup> enfrentando o estranhamento e a resistência por parte dos juristas em geral.

*b) O processo coletivo em um sistema processual individualista*

O sistema processual civil foi pensado para lidar com conflitos envolvendo Caio e Tício, dois indivíduos plenamente capazes, em discordância sobre o exercício de seus direitos privados – geralmente sua autonomia de vontade (envolvendo obrigações em geral) e seu direito de propriedade. Os institutos foram criados para tutelar esses direitos, garantindo a intervenção mínima do Estado em suas esferas privadas.<sup>159</sup> Nesse sentido, o processo serviria para promover a pacificação social, evitando que os conflitos privados entre esses sujeitos de direitos inviabilizassem o convívio em sociedade.

---

<sup>158</sup> O uso do termo “dogma” não faz referência à dogmática jurídica, apenas indica premissa inquestionável ou de difícil questionamento.

<sup>159</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, **Teoria geral do processo**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 31–32.

Tais institutos, incessantemente estudados e dissecados pelos processualistas ao longo de mais de um século de ciência, foram alçados ao caráter de dogmas e sua adaptação ao processo coletivo demanda sua perversão. A caracterização dogmática, nesse caso, é natural. Os institutos têm, de fato, importante papel no controle da arbitrariedade do juiz e buscam a promoção da participação no processo, trazendo a ele legitimidade e assegurando alguma forma de justiça procedimental. Ainda assim, eles funcionam por vezes como entraves ao desenvolvimento do processo coletivo, que não está vinculado aos mesmos fins que o processo individual.

A inadequação dos dogmas deriva justamente dessa distinção de finalidades. O processo coletivo destina-se ao atendimento de direitos característicos da sociedade de massas e decorrentes da atuação de um Estado que tutela não só “liberdades” mas direitos sociais, culturais e, particularmente, direitos metaindividuais, que fogem da ideia clássica de direito subjetivo (pertencente a um sujeito que pode valer-se de seu direito de ação para pleitear sua tutela). Além disso, está inevitavelmente ligado à administração da tutela jurisdicional ou, em outras palavras, à administração do serviço justiça.<sup>160</sup> A preocupação em tratar violações de direitos metaindividuais de um modo eficiente e equitativo, evitando o tratamento diferenciado de cidadãos em situações extremamente similares, senão basicamente idênticas, acompanha o processo coletivo nas mais diferentes tradições.

Tome-se, inicialmente, as ideias de legitimidade e interesse de agir. São conceitos conectados ao direito subjetivo individual e ao interesse do sujeito privado, que irá se beneficiar egoisticamente do resultado do processo. Pensando em tutela coletiva, o autor da ação nem sempre irá se beneficiar diretamente do resultado do processo e o seu “direito de ação” não deriva da titularidade do direito discutido em juízo. Não por outro motivo, a legitimidade em processos coletivos é dita “extraordinária”, remetendo sempre ao instituto clássico (a legitimidade ordinária),

---

<sup>160</sup> CAPONI, Remo, O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas, **Revista de Processo**, v. 36, n. 192, p. 379–415, 2011.

que se conecta à ideia de titularidade.<sup>161</sup> A avaliação do interesse também assume outros contornos,<sup>162</sup> pois não pode ser avaliada em relação aos potenciais benefícios (egoisticamente considerados) ao autor.

A legitimidade merece ser examinada com mais cuidado pois a sua disciplina enseja uma contradição insanável. Tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei da Ação Civil Pública estabelecem que são partes legítimas para propor ações coletivas o Ministério Público, os entes federados, entidades da Administração Pública direta e indireta e associações (respeitados os requisitos da pertinência temática e pré-constituição há pelo menos um ano). Inclua-se, aí, a Defensoria Pública, acrescentada ao rol de legitimados para propor ação civil pública em 2007.

O CDC poderia, entretanto, ter seguido a Lei da Ação Popular, que confere a qualquer cidadão a legitimidade para propor a ação. Os autores do anteprojeto alegam que seria possível permitir a legitimidade de todos os indivíduos para pleitear a tutela de direitos de grupo, tendo em vista que não há nada derivado da natureza desses direitos materiais que impeça tal possibilidade. Entretanto, os autores ponderam que as experiências com a ação popular, seu conteúdo político, seu uso como instrumento de pressão e de vingança os levaram a limitar a legitimidade a certas entidades, seguindo a LACP. Concluem que no futuro, com o amadurecimento da sociedade, essa legitimação poderá ser ampliada.<sup>163</sup>

Aqueles que são contrários à legitimação de todos os indivíduos para proporem ações coletivas fazem referência aos riscos inerentes a essa opção, espelhando-se nos casos abusivos da experiência estadunidense<sup>164</sup> e no uso da ação popular; que é geralmente proposta por políticos, funcionários públicos, advogados e

---

<sup>161</sup> A denominação extraordinária não é pacífica. Há quem defenda que se trata de legitimidade autônoma. VENTURI, Elton, **Processo civil coletivo**, São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2007, p. 212 e ss.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 227 e ss.

<sup>163</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 834.

<sup>164</sup> Um caso terrível envolvendo danos à saúde causados por amianto terminou em um acordo que dividiu a classe de modo desigual, e que fez com que algumas das vítimas recebessem muito menos que outras (menos que o suficiente para pagar as despesas médicas). O caso é relatado em KONIAK, Susan P., *Feasting While the Widow Weeps: Georgine v. Amchem Products Inc.*, **Cornell Law Review**, v. 80, p. 1045–1158, 1994.

membros de associações e sindicatos.<sup>165</sup> Não se desconsidera esse risco, mas não há como ignorar que o sistema é fundamentalmente contraditório. Não existem justificativas para a limitação da legitimação para alguns instrumentos processuais e não para outros que também servem à tutela coletiva.

Aparentemente, não houve preocupação em impedir esse uso abusivo da ação popular. Afinal, a legitimidade para propô-la poderia ter sido alterada pelo Código de Defesa do Consumidor, que alterou a Lei da Ação Civil Pública em vários pontos. Como consequência, a proteção de interesses difusos e coletivos só pode ser pleiteada por indivíduos em face da Administração Pública. Em relação aos demais violadores desses direitos, a legitimação é limitada.

A própria ideia de participação no processo, genericamente considerada, precisa ser adaptada. A necessidade de estabilidade das partes, que governa o processo individual e estabelece que somente terceiros com interesse jurídico na causa – e que se encaixam nas específicas hipóteses de intervenção de terceiros previstas no CPC – podem participar do processo, é um entrave injustificado para o processo coletivo. A configuração de interesse jurídico pode não ser tão clara nessas situações, visto que aqueles que desejam ou devem participar do processo nem sempre terão suas esferas jurídicas diretamente afetadas por ele.

A atuação do juiz também precisa ser ajustada ao processo coletivo, pois não só a condução do processo mas a efetivação de seu resultado exigirão mais do que lhe é exigido num processo individual que busca a tutela de direitos privados. A inércia judicial, tão cara ao processo individual, é pervertida ao máximo e os ditames que também decorrem desse dogma demandam igual flexibilização. Tome-se como exemplo o princípio da demanda, que limita a atuação do magistrado ao requerimento das partes: os efeitos de um pedido excessivamente limitado ou da exposição parcial da causa de pedir são de extrema gravidade no processo coletivo.<sup>166</sup> O mesmo ocorre

---

<sup>165</sup> GIDI, Antonio, **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 224–230.

<sup>166</sup> O julgamento do REsp 1.172.429/PR serve como exemplo. Trata-se de recurso especial em ação civil pública proposta pelo MP-PR contra a COHAB-PR, por conta de inúmeros contratos de “concessão de uso de solo” usados para burlar a lei, e que estabeleciam famílias em áreas ainda não loteadas pela prefeitura, configurando ocupação ilegal. Milhares famílias pagavam prestações mensais

com o princípio dispositivo, que diz respeito à condução do processo e à atuação de ofício do magistrado (especialmente no atinente à produção das provas); e com o princípio da correlação ou da congruência, que vincula o conteúdo da sentença ao pedido das partes.<sup>167</sup>

O instituto da coisa julgada, que tradicionalmente limita a sua eficácia subjetiva às partes, levanta muitos questionamentos ao ser aplicado a processos coletivos. Primeiramente, o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública determina que a eficácia *erga omnes* das decisões deve ser limitada à extensão da competência territorial do órgão que proferiu a decisão. Esse entendimento vem sendo aplicado a direitos coletivos *lato sensu* (difusos e coletivos *stricto sensu*) e direitos individuais homogêneos, mas de três formas diferentes. O Superior Tribunal de Justiça ora aplica literalmente o mencionado dispositivo; ora o conjuga com o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (estabelecendo que a ação proposta em comarca do interior só produzirá efeitos ali mas a ação proposta em capital produzirá efeitos nacionais); ora entende que a extensão dos efeitos depende da competência territorial do último órgão a proferir decisão no caso (assim, todos os casos de extensão nacional deveriam ser julgados pelo STJ).<sup>168</sup> O dispositivo já foi criticado pela doutrina<sup>169</sup> e as inconsistências em sua aplicação derivam das suas impropriedades lógicas. A limitação territorial é incompatível com a própria ideia de tutela coletiva e configura uma confusão entre os conceitos de eficácia da sentença e competência jurisdicional.

à COHAB, acreditando estarem adquirindo o imóvel (o contrato previa que as prestações seriam computadas na compra e venda do imóvel quando essa fosse possível, induzindo ao erro). O MP pediu apenas a declaração de nulidade de todos os contratos celebrados, sem se preocupar com a regularização da situação de milhares de famílias. Ao final do julgamento do recurso especial, que confirmou a procedência da ação, não havia nenhuma decisão a ser executada e nenhuma indicação de como proceder em relação aos imóveis. Doze anos após a propositura da ACP, a situação ainda não está resolvida.

<sup>167</sup> ARENHART, **A tutela coletiva de interesses individuais**, p. 160 e ss.; ARENHART, Sérgio Cruz, Reflexões sobre o princípio da demanda, *in*: FUX, Luis; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.), **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>168</sup> Os exemplos de aplicação das três correntes são de Sergio Cruz Arenhart: a) CC 21.338/DF, CC 17.533; b) REsp. 838.978/MG, REsp 640.695/RS; c) AgRg REsp 755.429/PR, REsp 1.034.012/DF. ARENHART, **A tutela coletiva de interesses individuais**, p. 68–69.

<sup>169</sup> *Ibid.*; VENTURI, **Processo civil coletivo**, p. 426 e ss.

Os critérios de competência distribuem a atividade jurisdicional entre os diferentes órgãos judiciais, mas a jurisdição do país permanece una. A rigor, todas as sentenças proferidas no Brasil produzem efeitos em todo o seu território e a limitação territorial da eficácia das sentenças coletivas não sentido algum: afinal, como poderia uma sentença coletiva ser limitada nesse sentido enquanto as sentenças individuais não o são?

A questão, em parte, deriva de outra confusão, envolvendo eficácia subjetiva da coisa julgada e efeitos da sentença. O esclarecimento das diferenças entre as duas categorias embasa a crítica doutrinária de outro aspecto da coisa julgada coletiva, no que diz respeito aos direitos coletivos *lato sensu*: sua eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*. Não é exatamente a coisa julgada que opera efeitos subjetivos para além das partes do processo, como parecem indicar os termos em latim. Afinal, os sujeitos titulares dos direitos difusos ou coletivos não poderiam propor a mesma ação novamente pelo mesmo motivo que não poderiam propor a ação em primeiro lugar: não possuem legitimidade para tanto. A eficácia subjetiva da coisa julgada só atinge, para além de sua atuação tradicional, os demais legitimados extraordinários. Os titulares do direito são atingidos exclusivamente pelos efeitos da sentença, assim como ocorre com o instituto em seus moldes tradicionais (individuais).<sup>170</sup>

A possibilidade de nova propositura da demanda julgada primeiramente improcedente também levanta questionamentos. É preciso diferenciar entre duas situações, nesse caso. A primeira delas é o pedido julgado improcedente por falta de provas. A chamada coisa julgada *secundum eventum probationis* permite que a mesma ação seja proposta mais uma vez, desde que fundada em novas provas (art. 103, I e II do CDC).

A segunda das situações consiste na sentença de improcedência que não envolve a insuficiência de provas. Corriqueiramente, afirma-se que a coisa julgada *secundum eventum litis* determina que só há formação de coisa julgada material em caso de procedência, em qualquer ação coletiva. Não é exatamente assim.

---

<sup>170</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, **Procedimentos especiais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 326–327.



Caso a demanda trate de direitos difusos ou coletivos, obviamente os indivíduos não poderão ajuizar ações para a tutela desses direitos pois não possuem legitimidade para tanto, como já mencionado. O CDC autoriza (art. 103, § 2º) apenas a propositura de ações *individuais* em caso de improcedência, o que determina que as ações coletivas não poderão ser propostas novamente e haverá, em relação a direitos coletivos e difusos, formação de coisa julgada *pro et contra*, para a procedência ou improcedência.<sup>171</sup> Os indivíduos poderão ajuizar ações para a tutela dos danos causados a eles, individualmente. Afinal, o mesmo fato ou ato que viola um direito coletivo *lato sensu* pode gerar danos individuais, que não se confundem com os direitos coletivos, indivisíveis por definição.<sup>172</sup>

Por outro lado, caso a demanda trate de direitos individuais homogêneos, apenas aqueles que não participaram do processo poderão propor ações individuais, e a via coletiva de proteção restará impossibilitada. Não há como propor a mesma ação coletiva mais uma vez.

Note-se que, para o processo coletivo, a coisa julgada material se forma tanto para a procedência como para a improcedência. O sistema apenas permite a propositura de ações individuais, que só envolverão os mesmos direitos do processo coletivo se a ação buscava a tutela de direitos individuais homogêneos. Além disso, o sistema complexo causa uma falsa sensação de segurança, pois repete-se corriqueiramente que a coisa julgada em ações coletivas só se dá em caso de procedência, o que é falso.<sup>173</sup> O regime, na verdade, só traz desvantagens. O instituto gera uma situação de insegurança perene para o réu (que sai vitorioso da ação coletiva mas pode ter que enfrentar muitas ações individuais depois) e deixa para o Judiciário o

---

<sup>171</sup> GIDI, **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**, p. 290.

<sup>172</sup> A confusão entre direitos coletivos *lato sensu* e direitos individuais também é favorecida pelo transporte in utilibus da coisa julgada, previsto no art. 103, §3º do CDC. Esse dispositivo estabelece que a coisa julgada nas ações que tutelam direitos coletivos beneficiará indivíduos na reparação de danos individuais causados pelos mesmos fatos e atos. A previsão parece dar a entender que o direito coletivo, que jamais se traduz em direitos individuais por ser indivisível por definição, possui feições individuais (que não existem). VENTURI, **Processo civil coletivo**, p. 405–407.

<sup>173</sup> GIDI, **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**, p. 293.

dever de julgar várias ações individuais após ter decidido pela improcedência da ação coletiva. A pior das consequências é que há a permissão e a aceitação de que ações iguais, versando sobre o mesmo direito individual violado coletivamente, obtenham tratamento diferenciado no Judiciário:<sup>174</sup> uma ação individual julgada em uma parte do país poderia ter desfecho completamente diverso da julgada em outra parte.

A disciplina da coisa julgada em ações coletivas demonstra que o sistema privilegia as ações individuais frente ao processo coletivo: os indivíduos podem escapar dos efeitos da demanda coletiva promovendo suas ações individuais,<sup>175</sup> e o suposto direito de discutir a sua demanda individualmente é preservado à custa da isonomia e até mesmo da efetividade do Judiciário.

### *c) Processo coletivo?*

Além das questões envolvendo os institutos processuais existem problemas na definição dos direitos materiais coletivos. Os conceitos de direito coletivo, difuso ou individual homogêneo são expressamente previstos no CDC. A doutrina, com dificuldade para determinar o que seria um direito coletivo (pertencente a uma coletividade determinável ligada por uma relação jurídica base) e um direito difuso (pertencente a uma coletividade indeterminada ligada por circunstâncias fáticas), vale-se sempre dos mesmos exemplos. Considerando que numa mesma situação podem restar violados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a linha que separa um do outro se torna exageradamente tênue.<sup>176</sup>

Em relação aos direitos individuais homogêneos, há discordância na doutrina sobre a sua natureza. Para alguns autores, trata-se de hipótese de tutela coletiva de direitos individuais: os direitos são materialmente individuais e recebem tratamento processual coletivo.<sup>177</sup> Para outros, a categoria designa, materialmente, outra espécie

---

<sup>174</sup> ARENHART, **A tutela coletiva de interesses individuais**, p. 362.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>176</sup> O capítulo 4 traz uma discussão detalhada desse problema de definição.

<sup>177</sup> ARENHART, **A tutela coletiva de interesses individuais**, p. 134; VENTURI, **Processo civil coletivo**, p. 62.

de direitos.<sup>178</sup> Agravando a situação, os tribunais têm dificuldade em determinar que casos podem receber proteção coletiva e que casos não podem, dando até mesmo tratamentos diversos ao mesmo caso de coletivização.<sup>179</sup> Isso só não ocorre em casos expressamente definidos em lei, como aqueles envolvendo direitos do consumidor, da criança e do adolescente, do idoso e do investidor. O problema de definição dificulta a tutela coletiva e será especificamente abordado no capítulo 4, pois não há como escapar dele quando se pretende instrumentalizar a tutela coletiva contra o Estado.

Ainda acerca dos direitos individuais homogêneos, cabe analisar o quão coletiva é a tutela que lhes pode ser dada. Esse questionamento independe da divergência doutrinária acerca de sua natureza jurídica, pois analisa a execução das decisões que tutelam tais direitos. Geralmente, esses direitos são tutelados por sentenças condenatórias genéricas, seguidas de execuções individuais. O Código de Defesa do Consumidor parece dar prioridade a tais execuções individuais, visto que prevê, no art. 100, que somente se não houverem habilitados suficientes a execução será coletiva, caso em que o valor da condenação será revertido ao fundo criado pela Lei de Ação Civil Pública e que configura a chamada *fluid recovery* brasileira.

Na maior parte dos casos, portanto, a tutela de direitos individuais homogêneos se dá via condenação genérica, em processo coletivo (chamado pela doutrina de “ação civil coletiva”, para se contrapor à ação civil pública, que versaria sobre direitos coletivos ou difusos), seguido de execuções individuais. Parte da doutrina insiste na necessidade da fase individual, pois ela seria essencial à formação do juízo específico voltado à reparação do dano, que analisa os elementos configuradores da responsabilidade civil.<sup>180</sup> Esse entendimento, aceito pela

---

<sup>178</sup> Entendimento anteriormente adotado pelo STF (RE 163.231/SP) e por parte da doutrina. Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, **Curso de Direito Processual Civil**, 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 81; DA CUNHA, Alcides Alberto Munhoz, A evolução das ações coletivas no Brasil, **Revista de Processo**, n. 77, p. 224–235, 1995.

<sup>179</sup> Isso acontece, por exemplo, com casos referentes ao seguro DPVAT, que podem ou não envolver interesses individuais homogêneos. ARENHART, **A tutela coletiva de interesses individuais**, p. 66–67.

<sup>180</sup> DENTI, Vittorio, Riflessioni sulla crisi della giustizia civile, **Il Foro Italiano**, v. 108, n. 11, p. 341/342–351/352, 1985 Cf. também; ARENHART, **A tutela coletiva de interesses individuais**, p. 302 e ss.

jurisprudência, inutiliza uma das finalidades da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos: o de reduzir o número de ações idênticas apreciadas pelo Judiciário. Afinal, todos os titulares dos direitos terão que contratar advogado e ir a juízo para obter o que lhes é devido. Principalmente, note-se que o processo não é, na verdade, coletivo até o seu término. A exigência das execuções individuais é verdadeiro empecilho ao acesso à justiça da maior parte da população brasileira, que não tem acesso a defensores públicos nem pode custear os honorários de advogado.<sup>181</sup>

Frente a todos esses problemas, as recentes alterações legislativas em matéria processual não cuidam do assunto. No novo CPC, o único instituto que é acusado de se assemelhar às ações coletivas é o incidente de resolução de demandas repetitivas, que na verdade não é um meio de tutela coletiva. Como o próprio nome evidencia, trata-se de um meio de lidar com inúmeras demandas individuais idênticas, consistindo basicamente na suspensão das várias ações repetitivas até que o tribunal julgue a controvérsia e a decisão seja aplicada a todos os casos suspensos. O instituto nada tem de coletivo, visto que mesmo após a definição do tratamento a ser dado a tais demandas, ainda é necessário que o cidadão ajuíze uma ação individual para ter seu direito tutelado.<sup>182</sup>

O sistema processual, na verdade, segue dando tratamento individual a questões que seriam melhor tuteladas coletivamente. Todas as alterações legislativas destinadas à solução da chamada “crise do Judiciário”, realizadas durante a década de 90 e nos anos 2000, partem da perspectiva individualista do processo.<sup>183</sup>

O desprestígio do processo coletivo se reflete até nos cálculos de produtividade do Judiciário. Desde a sua criação, o Conselho Nacional de Justiça tem buscado incrementar a efetividade do Judiciário: em 2009, estabeleceu pela primeira

---

<sup>181</sup> Sobre o tema, cf. artigo da autora. FONSECA, Juliana Pondé, Acesso à justiça, *in*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.), **Direito Constitucional Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 2, p. 549–568.

<sup>182</sup> Sobre o incidente, cf. CUNHA, Leonardo Carneiro, Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil., **Revista de Processo**, v. 36, n. 193, p. 255–280, 2011.

<sup>183</sup> Ver a dissertação de mestrado da autora. FONSECA, Juliana Pondé, **Problemas estruturais do Judiciário: por um processo civil factível**, Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011 Cf. também; ARENHART, **A tutela coletiva de interesses individuais**.

vez um sistema de metas para os juízes: a mais polêmica delas, a meta 2, determinava o julgamento dos processos distribuídos antes de 31 de dezembro de 2005.<sup>184</sup> Além disso, passou a analisar a produtividade dos magistrados, baseada em relatórios fornecidos pelos próprios, dentre outros aspectos que são avaliados em seus relatórios “Justiça em números”.

Certamente tentativas de tornar o Poder Judiciário mais eficiente são louváveis, mas as metas e a análise de produtividade do CNJ foram estabelecidas de forma genérica, sem atentar para quaisquer peculiaridades locais ou provenientes da competência dos diferentes órgãos, e sem considerar os diversos graus de complexidade de cada processo. Em relação às metas propriamente ditas, elas são as mesmas, tanto para a Justiça Estadual, quanto para a Federal, quanto para a Justiça Militar, sendo que o número de ações ajuizadas por ano é completamente diferente para cada uma. Já em relação à produtividade de cada magistrado, os relatórios e estatísticas do CNJ não fazem qualquer distinção entre um processo coletivo e um processo individual. Na verdade, apenas compatibiliza o número de decisões, de sentenças com ou sem resolução de mérito e sentenças que homologam acordos.<sup>185</sup> Do ponto de vista do cálculo de produtividade, melhor julgar 100 ações individuais idênticas que um processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

A produtividade é critério para promoção dos magistrados e a sua definição não está mais a critério de cada tribunal do país. O CNJ, no art. 6º da Resolução 106/2010, estabeleceu como avaliar a produção de cada juiz (sem fazer referência à complexidade dos casos julgados) e exigiu que essa avaliação deve ser comparada com a média de produtividade de outros juízes em unidades semelhantes. O mesmo artigo demonstra que é possível fazer alguma avaliação qualitativa da produção dos magistrados, pois instituiu o dever de privilegiar, nesse cálculo, os juízes que têm índice de conciliações superior ao índice de sentenças. Seria perfeitamente possível,

---

<sup>184</sup> O CNJ edita novas metas a cada ano, mas apenas 51% dos tribunais cumpriu a meta 2 de 2009. Considerando apenas a Justiça Estadual, 89% dos tribunais ainda não a cumpriram CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Metas nacionais do Poder Judiciário**, [s.l.: s.n., s.d.], p. 51.

<sup>185</sup> Os relatórios mensais de produtividade de cada magistrado do país estão disponíveis na página do CNJ. Cf. <[http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica\\_aberta/?](http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?)>. Último acesso em fevereiro de 2015.

portanto, considerar a atuação em processos coletivos nessas análises. Ressalte-se que o cálculo atual, por não fazer qualquer diferenciação nesse sentido, privilegia o julgamento de processos individuais.

O direcionamento ao processo coletivo, portanto, mostra-se inócuo porque questões teóricas mal resolvidas dificultam seu bom funcionamento, questões essas que não recebem tratamento adequado e permanecem sem solução. O sistema constrói-se sobre bases que valorizam sempre o processo individual, em detrimento do coletivo. Como apontar esse caminho como sendo a grande solução para o problema da efetivação de direitos pelo Judiciário?

#### *d) Inefetividade e risco*

Os impasses e obstáculos ao processo coletivo se manifestam na prática. Um resultado final inefetivo é sempre uma possibilidade, e buscar a tutela de direitos pela via coletiva traz riscos de difícil mensuração.

Um dos casos de fracasso da tutela coletiva ilustra muito bem os problemas mencionados. Em 1993, a APADECO (Associação Paranaense de Defesa do Consumidor) ajuizou uma ação civil pública para pleitear o ressarcimento dos valores pagos a título de empréstimo compulsório dos combustíveis<sup>186</sup> no Estado. Quatro anos depois, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar o recurso de apelação, decidiu pela procedência da ação, autorizando todos os cidadãos do Paraná a iniciarem execuções individuais para receberem os valores devidos.

Em agosto de 1998, foi ajuizada uma ação rescisória no TRF4 para rescindir a decisão final do caso. O tribunal não admitiu a rescisória, e o governo federal interpôs recurso extraordinário, que teve seu seguimento negado pelo Presidente do TRF4; decisão essa que foi impugnada via agravo de instrumento.

No STF, o agravo de instrumento foi julgado improcedente em decisão monocrática do relator. Essa decisão, por sua vez, foi impugnada por agravo regimental. No julgamento desse agravo (AgRg AI 382.298), em 2004, a decisão foi

---

<sup>186</sup> Estabelecido em 1986 (DL 2886), representando um acréscimo de 28% no preço de combustíveis e um aumento de 10 a 30% no valor final em compra e venda de veículos.

rescindida pois se entendeu que a APADECO não era tinha legitimidade para propor a ação, já que a relação entre os contribuintes e a União não era de consumo. Todas as execuções foram suspensas e extintas. Aqueles que ainda não haviam ajuizado ações individuais, ou mesmo aqueles que haviam pleiteado tutela individual mas requereram a suspensão de suas ações para aproveitar o resultado da ACP, ficaram impossibilitados de requerer o ressarcimento, pois as pretensões individuais estavam prescritas. Somente aqueles que ajuizaram ações individuais e persistiram com elas até o fim receberam os valores devidos.

O julgamento do caso resultou num grande calote por parte da Administração, mas ele serve principalmente como exemplo da fragilidade do sistema de proteção coletiva no processo civil brasileiro. Nele, um dos dogmas mencionados – a legitimidade – aparece como questão inviabilizadora da tutela coletiva, mesmo quando essa seria a única forma de tutela possível para os direitos em questão.

Nesse contexto, optar pela tutela coletiva significa assumir um risco. Considerando os problemas de definição dos direitos coletivos *lato sensu* e dos direitos individuais homogêneos (para determinar quando seria possível sua tutela na forma coletiva), é aconselhável tentar formular qualquer demanda em termos individuais, ao invés fazer uso do processo coletivo. Direcionar o problema da efetivação de direitos pelo Judiciário para a tutela coletiva parece uma sugestão leviana e até mesmo irracional.

Casos envolvendo o direito fundamental à saúde, por exemplo, têm mais chance de êxito se forem deduzidos de forma individual. Como esses casos envolvem a qualidade de vida do demandante, ou até mesmo sua sobrevivência, a questão do risco se torna ainda mais evidente. Questões de micro ou macrojustiça são relegadas ao segundo plano. Além disso, os casos individuais têm certamente mais apelo emocional, pois contam uma história, pessoalizam a questão (que deixa de ser um problema abstrato de judicialização da política) e estabelecem concretamente os efeitos de uma decisão denegatória.

Obviamente, deduzir demandas contra o Estado para a efetivação de direitos pela via coletiva seria, em tese, mais eficiente (por garantir a tutela para todos os interessados, dar a todos o mesmo tratamento e ainda minimizar custos e tempo de um

Judiciário sobrecarregado) e potencialmente apto a tratar de questões de macrojustiça. Entretanto, uma análise criteriosa do processo coletivo brasileiro inviabiliza, pragmaticamente, tal caminho.

A tutela coletiva, apesar de prevista em diversos atos normativos, ainda não se estabeleceu no Brasil.<sup>187</sup> Por causa disso, suas potencialidades permanecem no plano hipotético. O processo coletivo, como definido legalmente, poderia ser adaptado para considerar a perspectiva macro de justiça, mas essa adaptação torna-se extremamente difícil, ou até improvável, se aspectos mais simples do processo individual não foram exitosamente conformados aos direitos coletivos.

\*\*\*

O diagnóstico de judicialização da política, aplicado ao cenário de judicialização da Constituição, legitimou a criação de instrumentos para controlar a atuação do Poder Judiciário. Trata-se de um diagnóstico excessivamente simplista, que ignora a complexa relação entre política e direito, e que exige a modificação do estado que descreve sem explicar como realizar tal tarefa.

A análise das supostas causas do fenômeno – adoção de Constituições que determinam a organização política do Estado, estabelecem um sistema de freios e contrapesos entre os poderes e definem direitos fundamentais – tampouco esclarece como combatê-lo. Não se propõe, acertadamente, que as Constituições com essas características sejam abolidas.

A única consequência imediata da aceitação desse diagnóstico é a construção e a legitimação dos instrumentos de controle. Os problemas desses instrumentos são de duas ordens: em primeiro lugar, eles são incapazes de operar a separação entre direito e política em razão de seu próprio caráter político; e em segundo lugar, eles não dialogam com a realidade e podem causar efeitos negativos.

---

<sup>187</sup> Certamente existem casos de sucesso, mas isso não indica a superação dos problemas mais básicos. Uma decisão como a proferida pelo STF não teria lugar num sistema habituado à tutela coletiva: no mínimo, o suposto problema de legitimidade teria sido corrigido em primeira instância.



Como demonstrado, a aplicação dos mecanismos de controle da atividade política do Judiciário na verdade exigem que o magistrado realize juízos políticos, o que demonstra sua contradição interna e a impossibilidade de alcançarem os objetivos para os quais foram criados. Os instrumentos disciplinadores, na verdade, promovem a indisciplina; após negar a atuação política, pedem mais considerações políticas. Eles não são politicamente neutros.

O problema de segunda ordem desses mecanismos tem relação com a impropriedade do diagnóstico, discutida a seguir, e com o seu potencial para gerar consequências negativas. Algumas dessas consequências foram expostas ao longo do capítulo: por exemplo, o argumento do legislador negativo é usado para ocultar a atividade criativa do Supremo, e a adoção do mínimo existencial cria a figura da pobreza jurisdicionalmente justificável. Mas, principalmente, se o diagnóstico de judicialização é interpretado com a mesma simplicidade com que é exposto, sua adoção permite a exclusão completa de qualquer atividade “política” do Judiciário. Ela abre, portanto, a possibilidade do juiz “não decidir” decidindo, ao mesmo tempo em que oculta o caráter político dessa decisão.

A legitimação automática desses instrumentos de controle, além de ocultar os problemas inerentes a eles, também afirma o diagnóstico de judicialização: eles reforçam a causa (judicialização) pela existência do resultado (instrumentos que buscam controlar a judicialização). Isso se revela extremamente problemático quando o próprio diagnóstico está sustentado em bases frágeis. No próximo capítulo, o discurso que sustenta a ideia de “judicialização da política” será enfrentado, mas desde já se põe o questionamento: o que fazer com instrumentos de controle que são incapazes de atingir os objetivos para os quais foram criados, têm potenciais efeitos negativos e podem ter sido construídos sobre um falso problema?

## CAPÍTULO 2 – CURTO-CIRCUITO DISCURSIVO: OS EQUÍVOCOS DO DIAGNÓSTICO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

*“A novidade veio dar na praia  
Na qualidade rara de sereia  
Metade o busto de uma deusa maia,  
Metade um grande rabo de baleia  
A novidade era o máximo do paradoxo  
Estendido na areia  
Alguns a desejar seus beijos de deusa  
Outros a desejar seu rabo pra ceia”<sup>188</sup>*

A judicialização da política elegeu a Constituição de 1988, e a efetivação dos direitos nela previstos, como momento inaugural de um fenômeno de descontrole do Judiciário brasileiro e promoveu, em virtude da necessidade de discipliná-lo, a legitimação de instrumentos de controle que não funcionam.

Para além da ineficácia do controle proposto, a impropriedade do diagnóstico de judicialização (e da valoração negativa que o acompanha) se revela pelos equívocos do discurso que o fundamenta. Esse discurso poderia ser dividido em duas premissas: a) a atividade política é estranha ao funcionamento das cortes, que passaram a desempenhar, na contemporaneidade, um papel absolutamente distinto daquele do passado; e b) é possível separar direito e política e impedir que as cortes incorram nas atividades dos poderes democraticamente eleitos através do estabelecimento de limites à sua atuação.

O presente capítulo busca demonstrar as imprecisões desse discurso e de suas premissas, à procura de um curto-circuito discursivo. Para isso, é preciso testar ambas as premissas e verificar sua resistência a uma análise cuidadosa. Primeiramente, será abordado o suposto caráter de novidade do fenômeno da judicialização e a sua ruptura

---

<sup>188</sup> “A novidade”, música dos Paralamas do Sucesso.

com o passado. Em segundo lugar, será verificada a possibilidade de estabelecer limites prévios à atuação política das cortes.

A tentativa de banir assuntos políticos das cortes, como se verá, está relacionada a uma concepção específica da separação de poderes que, por sua vez, está atrelada a uma específica concepção de direito. O caráter paradoxal da judicialização da política está na aceitação de uma das partes dessa equação, mas não da outra.

## **2.1. “A história a meu serviço”**

Juristas apreciam análises que identificam rupturas, superações e que demonstram claramente o caminho evolutivo que está sendo percorrido. As relações causais aparecem claras e simples. O diagnóstico de judicialização da política traz justamente esse tipo de clareza: a promulgação de Constituições garantidoras de direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade após a Segunda Guerra Mundial, em vários países do mundo, anunciariam a judicialização futura.

De acordo com o raciocínio adotado, a partir do momento em que tantos direitos se tornam judicializáveis, as cortes passam a violar o princípio da separação de poderes e interferir na atuação dos poderes políticos. Constituições principiológicas, repletas de cláusulas abertas e conceitos indeterminados teriam dado excessiva liberdade aos juízes, que a partir de então poderiam determinar o conteúdo desses direitos e o modo como seriam efetivados. Somam-se a esse cenário a crise de representatividade e outros problemas das democracias ocidentais contemporâneas, que agravam a “judicialização”.

Nessa perspectiva, as rupturas que levaram ao fenômeno da judicialização da política podem ser encaradas da seguinte forma: um rompimento “histórico”, causado pelas novas constituições e o cenário pós-guerra, que marca uma alteração no comportamento dos juízes e tribunais; e um rompimento “científico”, marcado por um direito que se expressa de maneira diferenciada, através de princípios e regras, e rejeita a aplicação mecânica da lei através da subsunção.

Historiadores e teóricos da ciência, entretanto, há muito alertam que a figura da ruptura é artificial. Talvez ela possua fins didáticos, mas dificilmente reflete o que é experienciado na sociedade. A ênfase nas rupturas possibilita que o diagnóstico de judicialização seja exposto de forma coerente, mas sacrifica a sua plausibilidade: *ou a história é colocada a serviço do diagnóstico, ou ele não subsiste*.

Em relação à suposta evolução das ciências, Thomas Kuhn descaracteriza a escala evolutiva do conhecimento científico, que seria marcada por rompimentos abruptos de um modelo a outro; e propõe que as ciências sejam analisadas a partir da perspectiva de revoluções paradigmáticas. Uma crise nas concepções científicas arraigadas e consolidadas no que ele chama de “ciência normal” dá origem a um novo paradigma, que não rompe com o anterior mas se constrói sobre suas bases e mantém muitas de suas características.<sup>189</sup>

A “evolução” da ciência jurídica pode ser analisada nesses termos. Embora sejam acentuadas as quebras entre uma concepção de direito e outra, na verdade um paradigma se constrói sobre o outro e manifestações claras de paradigmas anteriores podem ser percebidas em diversos aspectos da ciência normal contemporânea. Tome-se como exemplo as referências claramente jusnaturalistas das teorizações de direito ambiental, que fundamentam o direito ao meio ambiente na própria condição humana. As manifestações contemporâneas do direito não podem, portanto, ser encaradas como completamente novas e desprendidas de quaisquer laços com suas manifestações anteriores. Note-se que não se quer afirmar que essas manifestações são rigorosamente as mesmas – a afirmação de uma continuidade absoluta seria igualmente artificial – mas apenas que existem diferenças e permanências. O rompimento “científico” descrito acima deve ser encarado com desconfiança.

As rupturas tampouco se verificam nas modificações da sociedade. Passagens abruptas são frequentemente aludidas para se referir, por exemplo, às transformações do modelo de Estado (Antigo Regime – Estado Liberal – Estado Social),<sup>190</sup> quando as

---

<sup>189</sup> KUHN, Thomas S, **A estrutura das revoluções científicas**, São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 110 e ss.

<sup>190</sup> Na verdade, é possível contestar a existência dessa ruptura para qualquer país do mundo e desmentir a intensidade liberal do período liberal. O dogma liberal do Estado mínimo pressupunha

passagens foram muito mais suaves do que se leva a crer. Na verdade, as questões de “evolução” da ciência jurídica e a história do direito estão inevitavelmente entrelaçadas. Do encontro entre as duas surge um terceiro nível de análise: a distinção entre as ideias e os efeitos do discurso na realidade. Não há uma harmonia pré-estabelecida entre teoria jurídica e história do direito.<sup>191</sup>

O diagnóstico de judicialização será, portanto, examinado a partir dessa perspectiva: 1) o direito não é, num dia, unívoco e fielmente aplicado pelos juízes, e no outro, “aberto a interpretações” e aplicado por juízes que exercem um trabalho criativo; 2) o Supremo Tribunal Federal não é, num dia, uma corte que não interfere em matérias políticas, “somente” aplicando o direito aos casos concretos, e no outro, uma corte ativista e eminentemente política.

*a) O direito contemporâneo em oposição ao legalismo/formalismo*

Os autores que primeiro elaboraram o diagnóstico de politização do Judiciário abordaram o fenômeno principalmente a partir de uma perspectiva das ciências sociais. Assim, embora enfatizem o papel das Constituições do século XX na consagração do papel político do Judiciário, não fazem referências a cláusulas abertas, princípios e o paradigma pós-positivista do direito.<sup>192</sup> Trata-se de um relato que não considera os aspectos propriamente jurídicos do tema, examinando-o principalmente a

---

uma sociedade civil estruturada sobre valores fortes e reguladores, e esses valores tiveram de ser construídos por uma espécie de engenharia social, a cargo do Estado. Dessa forma, o liberalismo europeu carregou um paradoxo desde o seu início: “Reivindicava-se da natureza individual, mas pressupunha a educação. Contava com os automatismos de uma certa forma de sociabilidade, mas tinha, primeiro, que construir essa sociabilidade. Propunha um governo mínimo, mas tinha que governar ao máximo, para poder, depois, governar um pouco menos.” O liberalismo foi um projeto que precisou ir contra seus postulados teóricos para poder realizar seus pressupostos na prática. Somente o Estado podia assegurar os incentivos, os amparos e a regulação que a sociedade demandava. Assim, o Estado conservador e guardião dos equilíbrios naturais da sociedade corporativa, típico do Antigo Regime, foi substituído pelo ideal de um governo ativo e conformador da ordem do mundo. A esse governo cabia a tarefa de destruir a velha ordem e construir uma nova: o governo da mão invisível do mercado precisou ser garantido a golpes de lei e até a golpes de sabre. HESPANHA, António Manuel, **Guiando a mão invisível: direito, estado e lei no liberalismo português**, Coimbra: Almedina, 2004, p. 6–9.

<sup>191</sup> COSTA, **Soberania, representação, democracia**, p. 28–36.

<sup>192</sup> Assim é em TATE; VALLINDER, **The global expansion of judicial power**; HIRSCHL, **Towards juristocracy**.

partir de um ponto de vista institucional: a política, atividade típica dos poderes Legislativo e Executivo, é transferida para o Judiciário, poder técnico que deveria apenas aplicar a lei – sem abordar as diversas controvérsias acerca do que significa “aplicar” a lei, tão trabalhadas pelos juristas – em virtude de Constituições que estabelecem o dever das cortes de controlar atos dos demais poderes e de efetivar direitos fundamentais.

Posteriormente, esse diagnóstico é apropriado pelos juristas, que o complementam com as especificidades da ciência jurídica e relacionam o fenômeno com supostas rupturas nos modelos de compreensão do direito. Assim, essa transferência de aspectos políticos é ressaltada por um modelo “pós-positivista” de direito, ou pelo “paradigma neoconstitucionalista”<sup>193</sup>.

As características desse novo paradigma foram resumidas em três: a) reconhecimento da força normativa da Constituição, reconhecendo-se o papel do Judiciário como seu guardião e assegurador de sua efetividade; b) expansão da jurisdição constitucional, com a criação de cortes constitucionais em diversos países (conforme mencionado anteriormente); e c) nova interpretação constitucional, que se utiliza de elementos normativos de baixa densidade, como princípios e cláusulas gerais, e emprega técnicas de ponderação entre direitos e interesses, rejeitando a tese legalista que afirma que o sistema jurídico é composto de regras e que caberia ao julgador somente subsumir casos concretos a elas.<sup>194</sup> Também é reconhecida uma relação entre neoconstitucionalismo e a judicialização da política.<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> Sabe-se que o termo “neoconstitucionalismo” é polissêmico. Não há como afirmar que todas as suas concepções têm exatamente as mesmas características. Trabalha-se aqui com aquelas apontadas genericamente pelos autores brasileiros mencionados a seguir, que estariam presentes em várias dessas concepções.

<sup>194</sup> BARROSO, Luís Roberto, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil, **Themis - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, v. 4, n. 2, p. 13–100, 2006, p. 21–29; As mesmas características são ressaltadas (e criticadas) por DIMOULIS, Dimitri, Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico, *in*: SARMENTO, Daniel (Org.), **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 214.

<sup>195</sup> O autor cita outras característica, similares às mencionadas, como reconhecimento da força normativa dos princípios, a rejeição ao formalismo, a constitucionalização do Direito e a reaproximação entre Direito e moral. SARMENTO, Daniel, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos

Ressalta-se, assim, que diante da abertura e vagueza presentes no texto da Constituição de 1988, os juízes que o interpretam também participam do processo de criação das normas. O neoconstitucionalismo teria um viés “judicialista” por conferir às cortes um “poder constituinte permanente”, permitindo que essas moldassem a Constituição de acordo com suas preferências políticas e desconsiderassem as escolhas do legislador.<sup>196</sup>

A partir disso, denuncia-se que o Supremo Tribunal Federal vem ultrapassando os limites de sua função de protetor das regras constitucionais, acumulando o exercício de autoridade, que todas as cortes exercem, com o exercício de poder. Esse segundo deveria ser exercido somente pelos órgãos representativos, que estão submetidos a controles de natureza democrática.<sup>197</sup> Esse é o refinamento do diagnóstico de judicialização da política, reelaborado pelos juristas.

Percebe-se que o diagnóstico está fortemente vinculado a uma concepção rígida de separação dos poderes e à ideia de que o “Legislativo deve ser o centro vivo de um estado democrático de direito”.<sup>198</sup> Além disso, está intimamente conectado a uma concepção mais ou menos formalista do direito, pois de acordo com esse esquema rígido de separação de poderes, a função do Judiciário é a de aplicar o direito aos fatos a partir de um raciocínio de subsunção. A subsunção, por sua vez, é o método de aplicação de regras jurídicas correlato a um modelo particular de direito, que se entende como sistema completo e coerente.<sup>199</sup>

Assim, utilizando as definições de José Rodrigo Rodriguez, formalismo se refere tanto à visão do direito que se centraliza na aplicação subsuntiva das regras positivadas, também chamada de legalismo; quanto à visão que “pensa suas categorias

e possibilidades, *in*: SARMENTO, Daniel (Org.), **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113–114.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>197</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena, *Supremocracia*, *in*: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza (Orgs.), **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 488.

<sup>198</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo, **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 183.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 123.

como dotadas de verdade transcendente ao direito positivo”, naturalizando categorias dogmáticas, também chamada pelo autor de absolutismo conceitual. Essa parte do trabalho concentra-se na primeira acepção, ou seja, no formalismo/legalismo.<sup>200</sup>

Não é difícil perceber que a concepção de direito mencionada alguns parágrafos acima, característica do neoconstitucionalismo (especialmente em relação ao seu terceiro aspecto, a interpretação constitucional), não é compatível com a ideia de direito como sistema completo e coerente, ou com a sua aplicação mecânica através da subsunção. Não há coerência em aceitar um direito “não-legalista” (e não se usa aqui o termo “pós-positivista”, porque mesmo os positivismos de Kelsen e Hart descartavam tal aplicação simplista e mecânica do direito), admitindo o papel criativo do juiz na interpretação e aplicação das regras, constitucionais ou não, e estranhar, paradoxalmente, a atuação das cortes que não se insere no esquema rígido de separação de poderes, no estilo Legislativo – cria o direito e Judiciário – aplica o direito.

Essa ideia será retomada posteriormente. Por ora, deseja-se apenas questionar a própria existência, em qualquer momento histórico, desse modelo mecânico de aplicação do direito. Sabe-se hoje que o sistema jurídico não é e não pode ser completo, porque jamais irá dar conta da complexidade do real e nunca irá prever todas as infinitas possibilidades do futuro. Ainda assim, insiste-se na ruptura entre o modelo de direito que assim concebia o sistema, e os modelos contemporâneos, que reconhecem a sua inevitável incompletude, sempre que se descreve o “neoconstitucionalismo” (ou a “judicialização da política”).

Embora já se tenha defendido a existência de uma harmonia entre direito e história, entre teoria do direito e história do direito, hoje já se sabe que a hipótese não encontra respaldo se investigada a fundo.<sup>201</sup> O fato de juristas da Escola da Exegese francesa descreverem a aplicação do direito como mecânica e meramente subsuntiva

---

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>201</sup> COSTA, **Soberania, representação, democracia**, p. 30.



(teoria do direito) não significa que os juízes de fato aplicavam o direito somente através da subsunção (história do direito<sup>202</sup>).

É preciso separar as ideias defendidas no discurso dos teóricos dos efeitos desse discurso na prática jurídica da época. A partir disso, torna-se difícil encontrar situações históricas que correspondam ao tipo ideal do legalismo.

Antônio Manuel Hespanha descreve o legalismo em termos similares aos já utilizados: trata-se da corrente de teoria do direito que identifica direito e lei, estabelecendo que regras jurídicas são comandos inquestionáveis e reduzindo todo o saber jurídico a uma atividade intelectual puramente cognitiva e descritiva (não criativa, portanto). Ele também ressalta que essa concepção era consistente com o princípio de separação de poderes e com a ideia de que cabia apenas ao Legislativo ponderar valores e interesses.<sup>203</sup>

Ele ainda soma a essas características outras, que terminam de desenhar o tipo ideal do legalismo: a redução do direito a um produto de vontades, a desconsideração da doutrina jurídica, a funcionalização dos juristas, convertidos em explicadores de leis e a “substituição do dinamismo natural do direito em sociedade pelo (baixo) dinamismo legislativo”, sendo esse substituído por “uma espécie de fibrilação legislativa, em que o ritmo de produção legislativa tentava acompanhar a vida”.<sup>204</sup>

O autor procura verificar se a Escola da Exegese, “referência canônica” em legalismo, correspondeu minimamente a esse estereótipo; e revela que a principal característica do legalismo – o “absolutismo da lei como critério de decisão jurídica” –

---

<sup>202</sup> Trata-se aqui não dos discursos mais tradicionais de história do direito, que se limitam a analisar textos de lei ou os trabalhos de poucos “grandes juristas”, mas das análises que não desprezam fontes primárias e desconfiam de descrições homogêneas e unitárias do fenômeno jurídico. Cf. a introdução em PEREIRA, Luís Fernando, *O Império Português: a centralidade do concelho e da cidade, espaço da cultura jurídica*, in: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.), **As formas do Direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)**, Curitiba: Juruá, 2013, p. 577–633.

<sup>203</sup> HESPANHA, Antônio Manuel, “Tomando a história a sério”: os exegetas segundo eles mesmos, in: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.), **As formas do Direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)**, Curitiba: Juruá, 2013, p. 208.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 209.

foi mais pregada que exercida,<sup>205</sup> pois foi inserida como ideia em um ordenamento que era marcadamente pluralista.<sup>206</sup>

A ideia de que a doutrina detinha o poder de avaliar a justeza da lei e de a adaptar às razões do direito, típica de uma concepção de ordem do Antigo Regime, (estabelecida pela natureza),<sup>207</sup> sobreviveu apesar da era da codificação. De acordo com essa concepção de ordem, o direito se revelava não só pela observação da natureza das coisas, mas também pela “consideração daquilo que a natureza permitia que se confirmasse pelo uso diuturno e sustentado”. Permanece, assim, uma vinculação necessária do direito positivo a fontes jurídicas suprapositivas e à atividade dos jurisconsultos:<sup>208</sup> o legalismo iluminista foi incapaz de reduzir o anterior pluralismo de fontes do direito.<sup>209</sup>

Hespanha demonstra a permanência dessas ideias nos trabalhos de vários exegetas (cita cinco autores), em textos que vão de manuais ao discurso preliminar ao projeto do Code francês, passando pelo preâmbulo da Constituição portuguesa de 1822. Os trabalhos mencionados pelo autor ressaltam a importância do trabalho dos jurisconsultos e a necessidade de se interpretar o direito positivo de acordo com os ditames do direito natural.

Descartada a existência do fenômeno “legalismo”, o autor passa a questionar as razões da permanência do mito da exegese francesa, e aponta duas possíveis razões: a) trata-se de um reflexo da polêmica da época entre o progressismo democrático francês de Thibaut e o romantismo conservador alemão de Savigny (que também dava aos juristas o papel de revelar os sentimentos históricos e culturais de justiça), ressaltando a oposição entre eles; e b) deriva da antipatia dos juristas que os seguiram em relação ao voluntarismo da lei (a ideia de que o direito era apenas um produto de

---

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>206</sup> HESPANHA, António Manuel, Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma, *in*: HESPANHA, António Manuel (Org.), **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva.**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 13–16.

<sup>207</sup> Sobre a ordem na sociedade do Antigo Regime, cf. XAVIER; HESPANHA, A representação da sociedade e do poder.

<sup>208</sup> HESPANHA, “Tomando a história a sério”: os exegetas segundo eles mesmos, p. 213–215.

<sup>209</sup> HESPANHA, Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma, p. 16.

vontades).<sup>210</sup> Em outras palavras, o mito exegeta teria sobrevivido em virtude do movimento antiexegeta, curiosamente.

Interessante é perceber que *o que estava em jogo era saber quem tinha o poder de dizer o direito*: os juristas ou os políticos. Os exegetas citados por Hespanha preocupam-se em manter seu papel de detentores do verdadeiro saber jurídico. Essa era a principal disputa política do direito (destaque-se a união dos dois termos aqui) do século XIX, e se mantém atual hoje. De certa forma, a *manutenção do mito em torno do legalismo* dá uma aura progressista à configuração dessa mesma disputa de poder na atualidade e ela aparenta ser uma luta diferente.

Não se afirma aqui que o direito, como concebido atualmente, é o mesmo do século XIX. Apenas deseja-se ressaltar que o rompimento entre duas espécies de racionalidades jurídicas não foi tão radical, pois o sistema antecedente não foi tão caricatamente rígido quanto se pensa. Isso significa que o sistema rígido de separação de poderes nunca funcionou de maneira ideal, com o Judiciário meramente aplicando comandos legislativos. A partir dessa conclusão, o diagnóstico de judicialização vai demonstrando suas fragilidades. Passa-se, então, à alegação de que o papel do Supremo Tribunal Federal mudou radicalmente após 1988.

#### *b) Supremo Tribunal Federal passivo e ativo*

O diagnóstico que afirma que a política foi judicializada a partir da Constituição de 1988 se encaixa perfeitamente nos parâmetros de judicialização mundial descritos no início do primeiro capítulo.

Esse diagnóstico, entretanto, não é fundado em nenhuma evidência empírica.<sup>211</sup> Apenas se presume que a atuação política do Supremo surge após 1988 e após a doutrina da efetividade sedimentar a ideia que os direitos fundamentais previstos na Constituição são exigíveis judicialmente. Dá-se a aparência de que o comportamento da suprema corte do país alterou-se radicalmente com a promulgação da nova Constituição.

---

<sup>210</sup> HESPANHA, “Tomando a história a sério”: os exegetas segundo eles mesmos, p. 215 e ss.

<sup>211</sup> Mesmo trabalhos que trazem análises empíricas não se voltam ao passado. DE CASTRO, Marcos Faro, *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*, 1997.

O STF, assim como o Judiciário como um todo, sempre proferiu decisões de cunho político. Não se faz aqui considerações sobre a frequência dessa atuação, e não se sabe se análises comparativas do gênero seriam frutíferas. De fato, após 1988, o número de processos ajuizados anualmente se multiplicou por fatores múltiplos. Geralmente, a doutrina usa esse aumento como elemento comprovador de que existe acesso à justiça no país. Embora esse não seja o tema do presente trabalho, parte da população de fato pôde acessar o Judiciário nas últimas décadas, o que não significa que o direito de acesso à justiça tenha sido efetivado em sua plenitude ou ao menos satisfatoriamente. Cerca de 83% da população brasileira possui renda familiar per capita inferior a três salários mínimos,<sup>212</sup> configurando-se como cliente em potencial da Defensoria Pública.<sup>213</sup> Como a Defensoria não está instalada em 71% das comarcas,<sup>214</sup> pode-se concluir que boa parte da população ainda está excluída do Judiciário, pois não tem acesso a defensor público e não pode custear os honorários de um advogado. Não existe, de fato, acesso à justiça no Brasil.

Em todo caso, esse aumento do número de processos, versando sobre matérias diversas de diversos ramos do Direito, pode ter tornado mais frequentes ou mais evidentes as decisões judiciais que ingressam em matéria política, mas isso não significa, necessariamente, que esse tipo de decisão não existia antes de 1988. Na verdade, decisões políticas e embates do Supremo com outros poderes existiam mesmo durante a Ditadura Militar, como se exemplifica a seguir.

Corriqueiramente, afirma-se que o STF e o Judiciário brasileiro em geral foram coniventes com o golpe militar, e que não resistiram e nem se opuseram aos atos inconstitucionais, ilegais e arbitrários dos militares, falhando em proteger a democracia e preservar direitos e garantias civis. A relação entre o Judiciário e o regime militar, entretanto, é muito mais complexa. E ainda que o Supremo realmente tivesse se comportado dessa forma – conivente com a ditadura – as decisões de

---

<sup>212</sup> Em <<http://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?t&vcodigo=IU30>>. Último acesso em fevereiro de 2015.

<sup>213</sup> Esse é o critério utilizado pelo Ministério da Justiça para identificar os que devem ser atendidos pela Defensoria. MOURA, Tatiana Whately de *et al*, Mapa da Defensoria Pública no Brasil, 2013, p. 38.

<sup>214</sup> Existem 2680 comarcas no país e 1926 não são atendidas pela Defensoria Pública. *Ibid.*, p. 33 e ss.

conformação com o regime teriam, por si só, inegável cunho político. A omissão do tribunal frente ao desrespeito ao regime democrático seriam igualmente políticas.

O governo Castelo Branco, logo após o golpe, assumiu um discurso legalista, comprovado pela eleição indireta do Presidente pelo Congresso, pela não intervenção no Supremo Tribunal Federal, e pela (à época) limitação do período em que direitos estariam suspensos. Durante esse período, buscou-se preservar algumas formalidades legais enquanto os apoiadores políticos do regime atuavam de acordo com as diretivas do governo militar.<sup>215</sup>

Entretanto, o apoio das bases civis foi se esvaindo ao longo do primeiro ano do governo de Castelo Branco,<sup>216</sup> que deveria durar apenas um ano, já que ele iria apenas cumprir o mandato iniciado por Jânio Quadros: ele deveria convocar eleições diretas em 1965 e governar até janeiro de 1966. Entretanto, seu mandato foi prorrogado até 1967, prolongando o período de exceção que havia sido estabelecido no Ato Institucional n. 1.

As pressões desse primeiro ano foram sentidas pelo Judiciário, que preocupou-se com a perda de suas prerrogativas e com a redução de seu poder de influência. Em 1965, os Ministros do STF apresentaram uma proposta de reforma do Judiciário, visando reduzir sua carga de trabalho e manter suas prerrogativas. Para conservar seu papel centralizador, o Supremo desejava preservar o acesso pela via do recurso extraordinário, conservar sua competência para uniformizar o direito federal e manter os crimes políticos e *habeas corpus* na esfera de competência da Justiça Comum.<sup>217</sup>

A proposta de reforma nunca foi efetivada. Após sofrer derrota nas eleições para governadores em 1965, o governo militar propôs uma emenda à Constituição que fortaleceria seus poderes. Sabendo que a emenda seria rejeitada pelo Congresso, que não mais estava apoiando o regime plenamente, o governo impôs o Ato Institucional n. 2, que aumentou o número de ministros do STF, seguiu suspendendo as prerrogativas

---

<sup>215</sup> KOERNER, Andrei, Sobre “a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil”: uma análise crítica, in: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.), **As formas do Direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)**, Curitiba: Juruá, 2013, p. 547.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 548–549.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 551–552.

dos magistrados, transferiu para a Justiça Militar a competência para julgar crimes políticos e excluiu do exame judicial todos os atos praticados com base nos Atos Institucionais. Além disso, a intervenção nos Estados não precisava mais ter sua constitucionalidade verificada pelo Supremo, bastando a sua aprovação no Congresso.

A Emenda Constitucional n. 16, de 1965, veio completar as mudanças iniciadas pelo AI-2, criando o controle concentrado de constitucionalidade e atribuindo eficácia *erga omnes* a essas decisões.<sup>218</sup>

O surgimento do controle concentrado indica, por si só, a existência de atividade política do STF. A possibilidade de retirar a eficácia de uma lei, manifestação de decisão política do Legislativo, abre um espaço largo para a atuação política da corte. Para além de aspectos técnico-jurídicos, a criação desse mecanismo não tinha bases democráticas e os objetivos por trás de sua concepção parecem ainda menos democráticos.

A representação de inconstitucionalidade, meio processual do controle concentrado, só podia ser proposta pelo Procurador Geral da República.<sup>219</sup> O governo militar tinha, assim, controle do que seria examinado pelo STF, e podia utilizar a representação para controlar os atos do Congresso e do governo dos Estados.

Essa não é, porém, a interpretação unanime do instituto. A análise da “evolução” do controle de constitucionalidade brasileiro por vezes ressalta o quão paradoxal foi a adoção do controle concentrado, visto como um instrumento garantidor de direitos fundamentais, durante o período da ditadura.<sup>220</sup> Entretanto, abstratamente considerado, o instituto se revela mais autoritário que democrático.

A legitimidade para propor a representação de inconstitucionalidade, sendo exclusiva do Procurador-Geral da República, indicado pelo governo militar,

---

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 553–556.

<sup>219</sup> Existiram debates sobre a possibilidade de ampliação do rol de legitimados. Cf. LEAL, Victor Nunes, Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado, *in*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.), **Defesa da Constituição**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 1324 e ss.

<sup>220</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de Direito Constitucional**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.], p. 896; CLÈVE, Clèmerson Merlin, **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

evidenciava esse caráter autoritário e garantia a seleção dos casos a serem apreciados pelo STF. Como mencionado, a limitada legitimidade ativa dava ao Executivo federal a possibilidade de controlar o Congresso, retirando seus atos normativos do ordenamento sempre que eles fossem contrários aos interesses governistas;<sup>221</sup> isso, é claro, se o Supremo entendesse pela inconstitucionalidade do ato.

A segunda interpretação do instituto (que ressalta seu caráter autoritário) parece mais sensata. Entretanto, ela é inegavelmente abstrata. Um exame de sua aplicação concreta revela, mais uma vez, que o direito da vida (*the law in action*) não é o mesmo que o direito formal (*the law in the books*).<sup>222</sup> Certamente o controle concentrado foi usado para as mencionadas finalidades autoritárias, mas ele também foi usado para beneficiar a população, para garantir um mínimo de moralidade administrativa e para efetivar os interesses da elite do país – portanto, para várias finalidades, aparentemente contraditórias. A aplicação do instituto revela principalmente a força da atividade política do Supremo Tribunal Federal antes de 1988 e que ele foi usado para atingir fins absolutamente incongruentes entre si.

Uma avaliação geral dos casos de representação de inconstitucionalidade,<sup>223</sup> revela que com frequência ela foi utilizada para tratar de dois temas: o provimento de cargos sem concurso público (atacava-se, portanto, a constitucionalidade dos atos normativos que estabeleciam tal forma de provimento ou que criavam cargos em comissão) e a criação de municípios sem respeitar os requisitos e condições para tanto. Como exemplos do segundo caso, citam-se as Rp 1369/AC, Rp 653/GO, Rp 642/RN e RE 59979/PE (convertido em Rp), entre tantas outras.

Em relação ao provimento de cargos públicos sem a realização de concurso, há a Rp 1398-7/PI e a Rp 1390-1/RN, em que os atos declarados inconstitucionais não só dispensavam o concurso, mas também vinculavam o subsídio dos desembargadores ao recebido pelos Ministros do STF. Várias leis que realizavam essa vinculação foram

---

<sup>221</sup> KOERNER, Sobre “a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil”: uma análise crítica, p. 560 e ss.

<sup>222</sup> HESPANHA, António Manuel, **La gracia del derecho: economía de la cultura en la edad moderna.**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 123.

<sup>223</sup> Através de pesquisa de jurisprudência na página do STF.

tidas por inconstitucionais, a ponto de se fazer referência a “jurisprudência consolidada”. A Rp 1354-5/SC também versava sobre ato que dispensava a realização de concurso, assim como a Rp 1400-2/SP, a Rp 1388-0/RJ (para cargo de promotor estadual) e a Rp 1380-4/AL (para cargo de defensor público, nomeando automaticamente advogados credenciados). A curiosa Rp 770/GB (do extinto Estado da Guanabara) declarou inconstitucional artigo da constituição estadual que incluía a Procuradoria Geral do Estado nos quadros do Ministério Público.

A Rp 945/SP, de 1978, julgou inconstitucional a Lei n. 863/1975, de São Paulo, que exigia a apresentação de atestado de vacinação contra meningite para diversos atos, como para a matrícula em qualquer instituição de ensino do estado, para a admissão no serviço público, para obtenção de célula de identidade ou atestado de antecedentes. A exigência de atestado se explica porque houve uma epidemia de meningite no Brasil entre 1970 e 1974, que foi particularmente devastadora na cidade de São Paulo. Em 1975, 10 milhões de pessoas foram vacinadas em apenas 4 dias, em uma operação do exército, mas não foram fornecidos atestados aos vacinados. Tampouco foi feito um registro do número de pessoas que receberam a vacina. Esse número foi apurado posteriormente pelo IBGE e a pesquisa foi feita por amostragem.<sup>224</sup> A exigência de atestado, portanto, era desmedida e prejudicava a maior parte da população do Estado. No caso, a declaração de inconstitucionalidade interferiu em matéria de política pública e atendeu os interesses da população.

A Rp 1420-7/SP, de 1987, declarou inconstitucional o inciso III do art. 135 do Decreto-lei Complementar n. 3 de 1969, SP, que exigia cinco anos de domicílio no Estado (mesmo que não consecutivos) para prestar concurso para magistratura. Também nesse caso o STF invadiu a “esfera política”, aqui para assegurar o acesso de todos ao concurso público.

A Rp 1396-1/AL, de 1987, faz parte do famoso caso dos marajás de Alagoas. Centenas de funcionários estaduais recebiam mensalmente valores absurdamente altos, valendo-se de expedientes “legais”. A representação declarou a inconstitucionalidade de artigos da Constituição estadual que estabeleciam a possibilidade de acréscimos

---

<sup>224</sup> Ver <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=216>.



absurdos aos vencimentos de servidores. A declaração não resolveu o problema – muitos seguiram ganhando suas pequenas fortunas – e o escândalo ajudou a eleger Fernando Collor de Mello presidente, pois ele assumiu o papel de “caçador de marajás” e era festejado em 1988.<sup>225</sup> Na verdade, a questão dos marajás está viva até hoje e a assembleia legislativa do estado está duplamente sob investigação, pois tanto a polícia federal quanto o Ministério Público de Alagoas averiguam servidores que recebem três vezes o valor do teto constitucional do funcionalismo.<sup>226</sup>

Os interesses do agronegócio brasileiro foram atendidos em uma série de representações de inconstitucionalidade contra leis estaduais que controlavam o uso de agrotóxicos. Elas foram julgadas entre 1985 e 1988: Rp 1242/BA, Rp 1153/RS, Rp 1150/RS (diferentes dispositivos e os decretos que os regulamentavam foram analisados na lei gaúcha, objeto de duas representações), Rp 1249/AL, Rp 1243/PE, Rp 1442/CE, Rp 1348/SP, Rp 1277/ES, Rp 1248/SC, Rp 1247/MS, Rp 1246/PR e Rp 1257-3/SE. Em todas elas, os casos foram levados ao Procurador-Geral da República pela ANDEF, que à época significava “Associação Nacional de Defensivos Agrícolas” e que hoje quer dizer “Associação Nacional de Defesa Vegetal” (provavelmente por questões de *marketing*).

Foram doze representações sobre o tema, envolvendo leis de onze estados diferentes. O principal argumento da tese de inconstitucionalidade era a incompetência dos Estados para legislar sobre a matéria, já que a União possuía competência exclusiva para legislar em matéria de defesa e proteção à saúde. Outros argumentos gravitavam em torno das ideias de direito adquirido e ato jurídico perfeito. Embora não haja uniformidade completa nas decisões do STF, em quase todas estabeleceu-se que os Estados poderiam legislar de forma complementar sobre o assunto. Nesses casos, o provimento das representações foi parcial. Dentre os dispositivos declarados

---

<sup>225</sup> Cf. “A Guerra ao turbante”, reportagem de março de 1988, sem autor e disponível na página de arquivo da revista Veja: <[http://veja.abril.com.br/arquivo\\_veja/capa\\_23031988.shtml](http://veja.abril.com.br/arquivo_veja/capa_23031988.shtml)>. Último acesso em fevereiro de 2015.

<sup>226</sup> RIOS, Odilon, **AL: 3º Estado mais pobre, marajás ganham 3 vezes teto do STF**, Terra, disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/,c31241e0c9d0b410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>, acesso em: 14 fev. 2015.

inconstitucionais, muitos deles versavam sobre a definição de agrotóxico, sobre a exigência de licenciamento estadual para seu uso, a obrigatoriedade do receituário agrícola e a exigência de demonstração que o produto era autorizado em seu país de origem. Essa última disposição se relacionava com outra, também declarada inconstitucional: a proibição de venda de organoclorados. Na década de 70, esses produtos foram proibidos em diversos países, inclusive nos EUA. A vedação de comercialização e produção foi desencadeada pela descoberta dos malefícios do DDT (um organoclorado) e sua permanência no solo e em organismos vivos (resquícios são encontrados no leite materno e no tecido adiposo).<sup>227</sup> O DDT só foi proibido definitivamente no Brasil em 2009 (Lei n. 11.936).

As decisões do Supremo, como mencionado, atenderam apenas parcialmente os interesses da ANDEF. A regulamentação do uso de agrotóxicos persistiu, mesmo que não em sua integralidade. Em todo caso, as decisões do STF sobre o tema muitas vezes invalidaram escolhas políticas importantes.

No caso do Rio Grande do Sul, a lei estadual n. 7.747 foi resultado das pressões aplicadas por um fórum composto por diversas entidades da sociedade civil e que se reunia na assembleia legislativa do Estado. O projeto foi amplamente discutido, ganhando legitimidade e apoio popular, a ponto de os vetos impostos pelo governador serem rejeitados pela assembleia.<sup>228</sup> Não há como negar o caráter político das decisões do Supremo nesses casos, configurando justamente a hipótese que é francamente criticada pela doutrina hoje: tratam-se de decisões jurisdicionais que, por trás de sua argumentação estritamente técnica, inviabilizam decisões políticas;<sup>229</sup> e, além disso, chegam a um resultado conservador e valorado negativamente.

---

<sup>227</sup> Sobre o tema, cf. PRADO FILHO, José Alves, **Receituário agrônômico: a construção de um instrumento de apoio à gestão dos agrotóxicos e sua controvérsia**, Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, 2000.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 155 e ss.

<sup>229</sup> Obviamente as decisões políticas em questão foram tomadas em um regime ditatorial, e nesse sentido contrastam com as decisões políticas tomadas no regime democrático atual. Ainda assim, tratam-se de decisões políticas proferidas pelo STF. Ressalte-se também que as leis mencionadas representaram, em muitos Estados, o resultado de uma mobilização da sociedade civil em prol do controle de agrotóxicos.

A partir do momento em que tais decisões “políticas” se tornam possíveis, até mesmo o não decidir se torna uma escolha política, como já mencionado no primeiro capítulo. A reclamação 849/DF foi apresentada pelo Movimento Democrático Brasileiro contra ato do Procurador Geral da República que arquivou o pedido de ajuizamento de representação de inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 1.077/70, que instituiu a censura prévia de livros e periódicos nocivos à segurança nacional. A reclamação foi considerada improcedente porque o Supremo entendia que a representação era de iniciativa exclusiva do Procurador Geral e que sua apresentação não era obrigatória, estando sujeita a um juízo de conveniência.<sup>230</sup> A decisão de não apreciar a constitucionalidade do decreto também tem inegável caráter político e produz resultados no campo político – já que o decreto autoritário subsistiu e pôde produzir seus efeitos.

Todos os casos mencionados envolvem representações de inconstitucionalidade em que a suposta interferência do Judiciário em questões políticas fica especialmente evidente. Por último, fica a exposição de um caso que não se encaixa exatamente nesses padrões e no qual houve um conflito expresso entre o STF e o Legislativo federal. No recurso extraordinário 38.538, um arquiteto questionou a constitucionalidade, em concreto, de um dispositivo do Código de Impostos e Taxas de São Paulo (Decreto 20.022 de 1953), que estabelecia a incidência do imposto de transações efetuadas na prestação de serviços de construção civil. O arquiteto se negou a pagar o referido imposto e foi executado pela Fazenda Pública e o caso chegou ao Supremo. Esse entendimento (acerca da inconstitucionalidade) foi reiterado em outro recurso extraordinário.

Em 1965, após receber do STF uma série de acórdãos que julgavam a inconstitucionalidade de diversos atos normativos, o Senado suspendeu parcialmente a eficácia da lei paulista. A Fazenda Estadual, entretanto, ignorou o estabelecido pelo Senado e suspendeu as cobranças do imposto somente em casos idênticos ao do arquiteto. Ainda em 1965, o Governador do Estado representou ao Senado, solicitando

---

<sup>230</sup> KOERNER, Sobre “a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil”: uma análise crítica, p. 561.

resolução em caráter interpretativo para esclarecer a Resolução n. 32/65 da casa (que havia suspenso a eficácia da lei em questão). A Comissão de Constituição e Justiça entendeu que a resolução “dava ensejo a interpretações altamente desfavoráveis à economia paulista” (p. 4 do acórdão) e a revogou através de uma nova resolução (n. 65).

Frente à nova resolução, 28 empresas da construção civil impetraram mandado de segurança, afirmando a inconstitucionalidade da nova resolução. O MS 16.512/DF<sup>231</sup> foi um deles, e foi conhecido pelo Supremo. O tribunal converteu o pedido de segurança em representação e a julgou procedente, para afirmar a autoridade da corte e reafirmar a inconstitucionalidade do imposto cobrado. Note-se que nesse caso a prerrogativa exclusiva do Procurador Geral da República para propor a representação não foi considerada um problema, como aconteceu com o penúltimo caso mencionado e a censura de livros e periódicos.

Conflitos políticos envolvendo a atuação do Supremo Tribunal Federal, portanto, são anteriores à Constituição de 1988 e à sua judicialização. A ênfase nas rupturas, tanto no que diz respeito à teoria quanto à história do direito, não é sustentável. A atividade dos magistrados antes da judicialização da política não era de mera aplicação da lei, porque “o juiz boca da lei” nunca existiu. A lei não tem boca própria, e a boca do magistrado pertence a ele mesmo. Ao mesmo tempo, o STF não passou de uma postura politicamente passiva para uma frequente atividade política em 1988. As rupturas não existiram e a comprovação do diagnóstico fica prejudicada, assim como a caracterização do descontrole do Judiciário frente à questões políticas.

Não há um momento pretérito para o qual se possa retornar. O passado do juiz que não se pronunciava sobre política porque isso já havia sido decidido pelo Legislativo nunca existiu. A única novidade envolvida no fenômeno da judicialização é a sua centralidade na análise da atuação do Judiciário.

Esse não é, porém, o único equívoco do diagnóstico de judicialização. Ele também é prejudicado pela ausência de indicações sobre a forma de realização do controle – ele apenas afirma que é preciso disciplinar a atividade das cortes, sem

---

<sup>231</sup> Ver anexos.

explicar como fazer isso. A razão para essa ausência, entretanto, está justamente na impossibilidade de estabelecer limites em abstrato para a atuação política das cortes.

## **2.2. Em busca do inapreensível**

Após o estabelecimento do diagnóstico de judicialização da política, a doutrina passa a criticar a atuação política do Supremo Tribunal Federal. Essa crítica, porém, parte sempre dos casos já julgados, totalmente ou parcialmente, pela corte. Não há (na doutrina brasileira contemporânea) a tentativa de estabelecimento de limites em abstrato a esse tipo de atuação ou de uma explicação de que tipo de atividade deveria ser realizado pelo tribunal. A ideia é que a corte não deveria se imiscuir em assuntos tipicamente políticos, mas não há uma definição de que assuntos seriam esses.

Para a elaboração de limites abstratos para a atuação do Judiciário, seria preciso determinar as fronteiras entre direito e política. Não se acredita que essa determinação seja possível, mas existem autores que procuram estabelecer esses limites e desenvolver uma teoria abstrata de limitação das atividades políticas dos tribunais, particularmente das cortes supremas. Algumas dessas teorias serão abordadas na sequência: tratam-se de tentativas de apreender o que se acredita ser inapreensível.

### *a) Em concreto*

A crítica da atividade política do STF se baseia especialmente nos grandes casos polêmicos julgados pela corte. Esses casos são analisados pela doutrina e usados como exemplo da interferência do Judiciário em temas políticos.

Em relação aos grandes casos, a crítica parece ser seletiva. Alguns deles se encaixam no perfil criticado mas não são apreciados negativamente pela doutrina. Neles, a atuação do Supremo não é mal vista ou, ao menos, escapa incólume. Os casos criticados aqui analisados versam sobre fidelidade partidária, a progressão de regime nas penas por crimes hediondos e a pesquisa científica com células-tronco. Os casos

não criticados versam sobre o aborto de fetos anencefálicos, nepotismo, cotas raciais e união civil homossexual.

A questão da fidelidade partidária foi primeiramente trazida ao Supremo por três casos de mandado de segurança (MS 26.602, 26.603 e 26.604), que pediam a concessão de segurança pela prática de ato coator do Tribunal Superior Eleitoral.<sup>232</sup> O ato em questão era a resposta a uma consulta (n. 1398) feita pelo Partido da Frente Liberal, à época ainda existente, em relação ao direito dos partidos em manter as cadeiras que haviam obtido nas eleições caso seus deputados decidissem mudar de filiação após eleitos: o tribunal respondeu que os partidos tinham esse direito. O STF entendeu que a atuação do TSE havia sido legal e estava de acordo com a Constituição, pois o tribunal tem competência para se manifestar em consultas sobre matéria eleitoral (segundo o Código Eleitoral) e a fidelidade partidária deveria ser guardada e estimulada pelos partidos políticos, seguindo o estipulado no texto constitucional (art. 17, §1º).

Após o julgamento dos três mandados de segurança, o TSE editou a Resolução n. 22.610, estabelecendo que os partidos podiam pedir a decretação de perda de cargo eletivo perante a Justiça Eleitoral dos parlamentares em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. A resolução traz quatro hipóteses de justa causa (incorporação ou fusão do partido, criação de novo partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e grave discriminação pessoal). Posteriormente, a própria resolução teve sua constitucionalidade declarada na ADI n. 4086-3/DF, pois teria estabelecido hipótese de perda de mandato não prevista no art. 55 da Constituição.

O STF decidiu pela constitucionalidade da resolução e afirmou mais uma vez o dever constitucional de observância do princípio de fidelidade partidária. A corte argumentou que não havia sentido em estabelecer a existência de um direito constitucional sem prever um meio de assegurá-lo. Como acontece em vários dos

---

<sup>232</sup> O caso é mencionado por: ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional, **Revista de Processo**, v. 233, 2014; VIEIRA, Supremocracia; SARMENTO, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.

casos polêmicos (como se verá a seguir), o STF parece demonstrar que está consciente de seu ingresso em território eminentemente político e o faz cuidadosamente, asseverando que as resoluções surgem em “contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar” (da ementa do julgado).

Afirma-se que a iniciativa do Supremo voltada à preservação da fidelidade foi um fracasso, considerando o grande número de partidos que foram criados após 2008 (ano em que foi julgada a ADI) – foram cinco partidos, no total. Dificilmente o regramento afirmado pelo STF teria sido um sucesso absoluto em promover fidelidade, mas ao mesmo tempo é remota a probabilidade do Congresso Nacional elaborar qualquer ato normativo promovendo a fidelidade partidária, que é contrária aos interesses particulares dos parlamentares. O tema, entretanto, é de interesse da população, sendo um dos casos em que arrisca-se dizer que há um descompasso entre os interesses dos representantes e dos representados.

O segundo caso versa sobre a Lei de Crimes Hediondos (n. 8.072/1990), cuja constitucionalidade já havia sido sustentada pelo STF em diversos julgados. Entretanto, no HC 82.959, os ministros afastaram a incidência do artigo que vedava a progressão de regime aos condenados pela prática de crimes previstos na lei, por entenderem que ele violava os princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena. Com base no julgado, vários condenados solicitaram a progressão de regime. O juiz da vara de execuções penais de Rio Branco, Acre, entendeu que a decisão do STF só tinha eficácia *inter partes* e se recusou a aplicar o entendimento a outros casos enquanto o Senado não suspendesse a execução da lei (de acordo com o estabelecido no art. 52, X da Constituição). Entretanto, após o julgamento do HC e também após a decisão do juiz do Acre, o Supremo editou a Súmula Vinculante n. 26,<sup>233</sup> estabelecendo a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime.

---

<sup>233</sup> SV n. 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e

Segundo a interpretação doutrinária acerca do julgamento da Reclamação n. 4335/AC,<sup>234</sup> o Supremo teria entendido que após a instituição do efeito vinculante das suas decisões no ordenamento (com as ações abstratas de constitucionalidade, com a súmula vinculante e com os instrumentos de vinculação estabelecidos no CPC, que permitem o julgamento monocrático do mérito de recursos desde que esse julgamento siga entendimento jurisprudencial), a regra do art. 52, X teria ficado destituída de significado prático. A crítica, nesse caso, não se dirige à declaração da inconstitucionalidade da lei, mas ao suposto desprestígio da regra do art. 52. O entendimento do Supremo, que parece menosprezar o papel do Senado, é tido como extremo. Ao mesmo tempo, a vinculação aos precedentes é vista com bons olhos pela doutrina e operadores do direito em geral, interessados na racionalização da jurisprudência e em maior coerência nas decisões dos tribunais. É, de fato, preocupante a facilidade com que as cortes ignoram seus próprios entendimentos anteriores, sem sequer fazer menção às razões pelas quais um caso não se enquadraria na hipótese de jurisprudência “pacífica”. Além disso, se em tese se acredita na necessidade de um sistema misto de controle de constitucionalidade (concreto e abstrato), é preciso se manter fiel às suas possíveis consequências. Um texto de lei que é abstratamente constitucional pode ser concretamente inconstitucional, assim como uma norma concretamente (a redundância é proposital) inconstitucional pode ser constitucional em um outro caso concreto, ao menos em teoria. Diz-se em teoria, porque nesse caso parece não haver como considerar a vedação à progressão de regime constitucional em concreto.

Entretanto, essa interpretação doutrinária negativa é precipitada. Em primeiro lugar, uma análise mais cuidadosa do posicionamento dos Ministros revela que o entendimento criticado não foi o adotado pela corte no julgamento da reclamação. Apenas os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau entenderam que ela deveria ser conhecida por ofensa ao HC 82.959, aderindo à tese de mutação constitucional do art.

---

subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

<sup>234</sup> Caso mencionado por: ABBoud; OLIVEIRA, O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes; VIEIRA, Supremocracia.



52, X da Constituição. Quatro Ministros (Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello), por outro lado, entenderam que ela deveria ser conhecida por ofensa à Súmula Vinculante n. 26; e quatro votaram pelo seu não conhecimento (Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio). Percebe-se que a tese da mutação constitucional e da objetivação do controle concreto não foi a tese vencedora. Tanto é assim que a jurisprudência posterior da corte confirma a sua rejeição: a objetivação do controle concreto de constitucionalidade realizado pelo STF nunca vingou.<sup>235</sup>

Por fim, ressalte-se que o tema é extremamente delicado, já que a maior parte da população não tem interesse na preservação da dignidade dos presos em geral e o assunto não possui nenhum *political push* (não há interesse político em preservar direitos de presos).

O caso da lei de Biossegurança é frequentemente criticado, não por seu resultado ou pela atividade criativa do STF no julgamento, mas pelos votos vencidos. A ADI 3510 decidiu pela constitucionalidade da lei que estabelece a possibilidade do uso de células-tronco em pesquisas científicas.<sup>236</sup> A ação direta de inconstitucionalidade marcou a primeira série de audiências públicas realizadas pelo Supremo, que desde então (abril de 2007) já promoveu audiências sobre 16 temas.<sup>237</sup> A crítica se dirige, como mencionado, aos votos vencidos de dois ministros (Menezes Direito e Cezar Peluso) que defenderam necessidade de uso da técnica da interpretação conforme à Constituição para estabelecer mecanismos mais rigorosos de controle das pesquisas realizadas. Destacou-se a “ambição legislativa” dos dois ministros. A técnica de interpretação conforme, como mencionado no capítulo anterior, sempre implica em trabalho criativo (de “legislador positivo”) do STF. A técnica, em si,

---

<sup>235</sup> Analisando a não adoção da tese pelos julgados posteriores: TALAMINI, Eduardo, Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”), *in*: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.), **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins 12**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 159–162.

<sup>236</sup> Caso mencionado por: VIEIRA, Supremocracia; SARMENTO, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.

<sup>237</sup> Cf. em <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>.

raramente é criticada,<sup>238</sup> porém por trás de uma aparente deferência ao legislador (por “salvar”, em tese, uma lei da declaração de inconstitucionalidade) há inegável atividade criativa.

O julgamento da ADPF 54, em 2012, estabeleceu a legalidade do aborto de fetos anencefálico. O Supremo evitou classificar a possibilidade como “aborto”, preferindo usar o eufemismo “interrupção da gravidez”. O crime de aborto traz apenas duas excludentes especiais de ilicitude: o risco de vida da gestante e a gravidez causada por estupro. No julgamento da ADPF o Supremo não criou uma nova hipótese, estabelecendo que o procedimento, no caso de feto anencefálico, é terapêutico e preserva a saúde da gestante, não podendo ser qualificado como aborto. Interpretá-lo como tal foi tido como inconstitucional. A corte não se manifestou sobre assuntos importantes ligados ao tema, como o início da vida e a determinação do momento a partir do qual o feto é considerado sujeito de direitos. O caso envolvia assunto polêmico e o STF conseguiu escapar de vários temas espinhosos no julgamento, que não foi muito criticado e não é frequentemente mencionado como símbolo da judicialização.<sup>239</sup>

Outro caso que se encaixa no perfil dos que poderiam receber críticas envolve a prática do nepotismo nos cargos públicos. A resolução n. 07/05 do Conselho Nacional de Justiça iniciou a polêmica, vedando a prática no Judiciário. A ADC 12/DF declarou a constitucionalidade da resolução, afirmando que a proibição do nepotismo pode ser extraída dos princípios do art. 37 (impessoalidade, moralidade, eficiência e igualdade). O caso é bastante similar ao da fidelidade partidária – um ato normativo emanado de órgão do Poder Judiciário, estabelecendo uma vedação não mencionada na Constituição, mas não recebeu críticas na mesma intensidade. E o Supremo ainda foi além, pois no julgamento do RE n. 579.951 editou a súmula vinculante 13, que veda a prática do nepotismo na Administração Pública em geral.

A ADPF 186, por sua vez, determinou a constitucionalidade da política de cotas raciais estabelecida pela Universidade de Brasília e depois adotada por outras

---

<sup>238</sup> Para uma crítica, ver DA SILVA, Interpretação conforme a constituição.

<sup>239</sup> Daniel Sarmento menciona o julgamento como exemplo de judicialização. SARMENTO, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.

universidades públicas brasileiras. Trata-se de uma ação afirmativa definida pela própria universidade, na ausência de qualquer previsão legal. O tema é inegavelmente polêmico, divide a opinião pública e uma atuação “respeitosa” da rígida separação de poderes defendida pelos críticos da judicialização exigiria que o Supremo direcionasse o debate para os órgãos representativos. Ainda assim, não se conhece de nenhum artigo que tenha criticado a decisão do STF sustentando a constitucionalidade da ação afirmativa. Posteriormente, a Lei n. 12.990/2014 estabeleceu uma política nacional de ações afirmativas, reservando aos negros 20% das vagas em concursos públicos.

Por último, a ADI 4.277 estabeleceu a constitucionalidade da união civil homossexual. A fundamentação dos votos de cada ministro é diversa, impossibilitando uma definição exata de qual técnica de controle de constitucionalidade teria sido utilizada no caso. De acordo com a ementa do acórdão, o art. 226 da Constituição, ao se referir a homem e mulher apenas confere especial proteção a essa união, sem estabelecer que essa seria a única forma de união civil possível. Entendeu-se que o artigo não traz uma definição de família. O caso se enquadraria perfeitamente no perfil de casos criticados, especialmente porque uma interpretação literal do dispositivo constitucional levantaria dúvidas acerca do determinado pelo STF. Entretanto, ele foi elogiado,<sup>240</sup> com razão, pela maior parte doutrina, e a única crítica que se conhece não abordou o tema da judicialização da política, tratando apenas dos fundamentos divergentes e até mesmo conflitantes dos diversos ministros, impossibilitando uma definição precisa da fundamentação da decisão.<sup>241</sup> Novamente, tema polêmico, e a posição do Supremo possivelmente desagradou parcela significativa da população brasileira, mas trata-se de caso claro de proteção de interesses minoritários com pouquíssimo *political push*.

---

<sup>240</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti, ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família, **Revista Direito GV**, v. 9, n. 1, p. 65–92, 2013; BUNCHAFI, Maria Eugenia, A temática das uniões homoafetivas no Supremo Tribunal Federal à luz do debate Honneth-Fraser, **Revista DIREITO GV**, v. 8, n. 1, p. 133–156, 2014.

<sup>241</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, Sacralità del testo costituzionale ed eresia interpretativa. La sentenza della Corte suprema brasiliana sulle unioni civili omosessuali, **Genius - Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere**, v. I, n. 2, p. 164–174, 2014.

Percebe-se que a crítica à atuação política do Supremo Tribunal Federal é feita através de casos emblemáticos, mas esses casos não têm perfil determinado. O apoio ou a rejeição da opinião pública, a proteção ou não de grupos minoritários, a criação de ato normativo pelo Judiciário, nada parece determinar um perfil comum dos julgados criticados. *Os limites da atuação política do STF revelam-se inapreensíveis em concreto.*

Essa constatação ajuda a confirmar a hipótese defendida a seguir: que o estabelecimento de limites abstratos à atividade política judicial no Brasil é tão impossível quanto sua apreensão em concreto, ao menos a partir do desenho institucional e da competência das cortes estabelecidos na Constituição.

#### *b) Em abstrato*

A crítica à atividade política do STF foi, portanto, baseada em julgamentos considerados intrusivos da esfera de poder político, e a tentativa de estabelecer limites abstratos a esse tipo de atuação não foi uma tarefa escolhida pela doutrina.

Na ausência de uma teoria de limites abstratos à atuação do Judiciário verdadeiramente brasileira, serão brevemente descritas duas teorias diversas que procuram estabelecer esses limites.

A primeira delas é de John Hart Ely, que faz uma defesa da legitimidade do controle de constitucionalidade, desde que limitado.<sup>242</sup> Ele quer rejeitar duas visões do controle: a interpretativista, que, ao contrário do que parece indicar, afirma que os juízes devem se ater ao texto da Constituição e o que está “claramente implícito” nele ao decidir assuntos constitucionais; e a não-interpretativista, que defende que eles devem ir além do texto constitucional ao decidir.<sup>243</sup>

A primeira corrente encontra problemas no próprio texto constitucional, que faz referência a fatores externos a ele (como a nona emenda da Constituição dos EUA, que remete aos futuros julgadores de matérias constitucionais a tarefa de proteger direitos não listados na carta de direitos), e na incompatibilidade com a democracia, já

---

<sup>242</sup> ELY, John Hart, **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**, Cambridge: Harvard University Press, 1980.

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 1–9 e 87–104.

que a Constituição e seu texto representam a voz do povo de séculos atrás e podem não corresponder à voz atual do povo.

Já a segunda corrente é considerada francamente antidemocrática, e ele procura demonstrar que todas as fontes potenciais de valores fundamentais que são usadas pelos juízes ao ir além do texto constitucional (direito natural, princípios neutros, tradição, consenso, razão e previsões acerca dos valores em desenvolvimento na sociedade) não seriam minimamente aceitos pela população e que, na verdade, servem para mascarar a imposição das preferências políticas dos magistrados.

O autor descarta as duas visões e procura elaborar um terceiro caminho, que não padeça dos mesmos problemas. Ele afirma que as cortes não devem procurar valores materiais para complementar a Constituição, mas devem se limitar a perseguir objetivos procedimentais, colocando seu foco na efetividade dos processos de representação do governo, eliminando elementos bloqueadores de mudanças, e assegurando a representação de minorias. O controle de constitucionalidade apenas deveria atuar para reforçar a representação das minorias, orientado pela importância da participação, protegendo, portanto, garantias procedimentais ao invés de valores. Ele acredita que sua concepção limitada está imune aos excessos do interpretativismo e não padece do déficit democrático da corrente não-interpretativista. Por não proteger valores, sua versão do controle de constitucionalidade reforçaria o sistema democrático ao invés de atentar contra ele. Além disso, ele acredita que os juízes são de fato mais qualificados para reforçar a representatividade de minorias, enquanto os representantes políticos devem ser encarregados de delimitar os valores que devem ser protegidos numa democracia.<sup>244</sup>

Críticos de Ely apontam que ele ignora os mecanismos contramajoritários previstos na Constituição dos EUA, que não podem ser simplesmente descartados; e que ele assume que os valores procedimentais têm privilégio frente aos diversos valores substanciais também presentes no texto constitucional.<sup>245</sup> Owen Fiss entende que o terceiro caminho de Ely na verdade recai no interpretativismo e reduz a tarefa

---

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>245</sup> LYNCH, Gerard E., Democracy and distrust: a theory of judicial review, **Columbia Law Review**, v. 80, n. 4, p. 857–866, 1980, p. 864–866.

interpretativa ao determinismo textual, tratando-a como processo mecânico e negando o papel criativo do intérprete.<sup>246</sup>

Na verdade, os critérios apontados pelo autor são excessivamente genéricos. Qualquer minoria sempre pode alegar que a maioria não foi sensível a seus interesses, e isso é demonstrável por qualquer decisão da maioria que vai contra a vontade dessa minoria. A minoria é, por definição, subrepresentada. Ou seja, basicamente todas as decisões estariam sujeitas ao controle de constitucionalidade. Além disso, todos os juízes poderiam encontrar falhas de representação em qualquer processo, também conduzindo ao controle de constitucionalidade.<sup>247</sup>

Uma teoria de limites abstratos mais radical é construída por Keenan Kmiec, que identifica os aspectos nocivos da judicialização e entende que sua prevenção inibe a atividade política do Judiciário. Primeiramente, as cortes não podem invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos provenientes de outros poderes. Em segundo lugar, não devem afastar a aplicação de precedentes, pois ao fazê-lo, têm papel excessivamente criativo. Não devem atuar jamais como legislador e não devem utilizar as técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina, pois a diversidade dessas técnicas dá excessiva liberdade aos julgadores para manipular a decisão. Por último, também não devem proferir julgamento predeterminados a fins específicos, porque isso se assemelha ao decisionismo político.<sup>248</sup>

Os critérios de Kmiec podem ser resumidos a um só: o juiz deve apenas aplicar a lei a partir do raciocínio da subsunção. Retorna-se, portanto, ao formalismo/legalismo, que nunca existiu (ver 2.1). Se o Judiciário não invalida atos dos demais poderes, não há sistema de freios e contrapesos. Também não há força normativa da Constituição, se ele não pode efetivá-la de nenhuma maneira, já que nenhuma forma de controle de constitucionalidade via tribunais é admitida por suas

---

<sup>246</sup> FISS, *Judging as practice*, p. 174–175.

<sup>247</sup> WOLFE, Christopher, **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**, Lanham: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994, p. 351.

<sup>248</sup> KMIEC, Keenan, The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441–1478, 2004, p. 146–175; Também em TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política, **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 37–57, 2012, p. 46–47.

restrições. Se as cortes não podem afastar a aplicação de precedentes, casos diferentes poderão receber o mesmo tratamento. Além disso, os precedentes se engessarão e se tornarão impossíveis de serem modificados. E como interpretar os textos normativos sem utilizar técnicas de interpretação estabelecidas pela doutrina? Só serão utilizadas as técnicas estabelecidas previamente pela jurisprudência?

Na verdade, limites abstratos não funcionarão jamais na atual concepção de Estado Constitucional brasileiro. Isso pode ser explicado pelo modelo de governo e de Estado do país. Bruce Ackerman classifica as concepções de democracias em monistas, dualistas ou fundamentalistas de direitos. O monismo é simples: a eleição democrática concede o poder de legislar aos eleitos e qualquer freio ou contrapeso institucional sobre eles é presumido antidemocrático. Os dualistas, por outro lado, separam a legitimidade democrática normal e a legitimidade democrática superior. Mais de um poder precisa estar encarregado da preservação dos princípios constitucionais, para servir de freio à legitimidade democrática superior, que pode alterar a Constituição. Para o autor, o dualismo permite a reconciliação da proteção de direitos constitucionais e democracia.<sup>249</sup>

Já os fundamentalistas de direitos estão mais comprometidos com os direitos que com a soberania popular: a Constituição em primeiro lugar protege os direitos, e só em um segundo momento protege a democracia. Para convencer os leitores que a Constituição estadunidense não é fundamentalista de direitos, ele afirma que não há texto indisponível para o Legislativo (a não ser por duas exceções), tudo pode, portanto, ser modificado pelos representantes democraticamente eleitos. Ele relaciona a constituição fundamentalista à Alemanha do pós-guerra.<sup>250</sup>

Não é preciso muito para concluir que a Constituição brasileira poderia facilmente ser enquadrada na categoria “fundamentalista de direitos”. Aqui, o catálogo extenso de direitos transformados em cláusulas pétreas pode ser explicado pelos 21 anos de ditadura militar que precederam à Constituição e ela traz sérios limites aos democraticamente eleitos. Além disso, esses direitos têm aplicabilidade imediata,

---

<sup>249</sup> ACKERMAN, *We the People: Foundations*, p. 8–10.

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 10–13.

segundo o texto constitucional. Ou seja, podem ser exigidos através do Poder Judiciário.

Um dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição é o direito à tutela jurisdicional efetiva. Assim, todo o exercício de poder jurisdicional no Brasil deve se voltar à proteção de direitos, realizando-a da maneira mais efetiva possível.<sup>251</sup> A possibilidade de exigir a proteção efetiva dos direitos estabelecidos na Constituição no Judiciário está estabelecida, portanto, no próprio texto constitucional.

Além de contar com direitos fundamentais indisponíveis para o Legislativo, a força normativa da Constituição é reforçada pelo sistema misto de controle de constitucionalidade, que é exercido tanto em casos concretos como em abstrato; tanto concentrado no STF ou da forma difusa, por todo o Judiciário.

Por fim, a Constituição estabelece objetivos para a República (art. 3º): “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Esses objetivos, na verdade, estabelecem amplas possibilidades para o controle de constitucionalidade.

Todas as características mencionadas impedem a exclusão de temas ditos “políticos” do Judiciário. Estabelecer limites abstratos para a atividade jurisdicional só seria possível se alterássemos o desenho institucional atual do Estado brasileiro. Não há como fazê-lo de outra forma.

O problema dos limites abstratos também está ligado à impossibilidade de delimitação de uma fronteira fixa entre direito e política.<sup>252</sup> Sem essa separação, não há como estabelecer até onde o Judiciário pode ir e *o buscado se revela inapreensível também em abstrato*. Além disso, a discussão direito v. política também pode ser relacionada à separação de poderes e à concepção de direito expressada por ela.

---

<sup>251</sup> MARINONI, **Teoria geral do processo**, p. 118 e ss.

<sup>252</sup> Cf. excurso 1.



### 2.3. Separação de poderes: decisão-direito e lei-política

#### *a) Juiz v. legislador: indicadores de complexidade*

Direito e política, embora sejam diferentes, não podem ser separados por fronteiras rígidas. Os dois campos não se confundem, mas de alguma forma se misturam parcialmente. Uma indicação dessa impossibilidade está na complexidade das relações travadas entre legislador e julgador, ou entre os poderes Legislativo e Judiciário.

No Brasil, um importante indicador dessa complexidade surgiu com o Código de Defesa do Consumidor de 1990, pois a lei fortaleceu o microssistema de processo coletivo do país (Lei da Ação Popular e Lei da Ação Civil Pública, antes do CDC, e Lei do Mandado de Segurança, depois dele) e introduziu a possibilidade de proteção coletiva de direitos individuais.

A defesa em juízo do interesse de uma coletividade pode ser compreendida como uma forma de regulação. A decisão judicial, nesses casos, afeta muitos cidadãos e irá regular os direitos envolvidos naquela situação.<sup>253</sup> Em tese, no sistema brasileiro, toda a população do país pode sentir o impacto de uma única decisão. Obviamente, essa regulação difere daquela que emana dos poderes Executivo e Legislativo, principalmente porque funciona nas molduras da atividade jurisdicional.<sup>254</sup>

A *caracterização da tutela coletiva como atividade regulatória* certamente abala a rigidez das fronteiras entre o jurídico e o político. Em países de tradição *civil law*, e particularmente no Brasil, isso é significativo, pois tradicionalmente uma decisão judicial só irá afetar as partes que participaram do processo. Num caso de processo coletivo, esse dogma é quebrado porque todos os afetados pela decisão são titulares de um mesmo direito coletivo (*lato sensu*) ou porque todos os casos de violação de direitos individuais receberão o mesmo tratamento. A atribuição do papel de regulador ao juiz, possibilitada justamente pelo legislador, imprime complexidade à relação entre eles e exige uma reconsideração do papel do magistrado. A insistência

---

<sup>253</sup> BONE, Robert G., The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions, **George Washington Law Review**, v. 79, n. 2, p. 577–627, 2011, p. 595.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 596.

numa vinculação entre “decisão-aplicação do direito” e “lei-criação do direito” frente à possibilidade da tutela coletiva é, no mínimo, ingênua.

O CDC também estabeleceu um mecanismo de aplicação privada, ou *private enforcement*, que mobiliza litigantes privados para assegurar o cumprimento das regras estabelecidas na lei.<sup>255</sup> Nenhuma agência reguladora ou qualquer outro órgão da Administração foi especificamente criada para garantir o respeito aos direitos dos consumidores – o PROCON funciona basicamente como mediador em casos de conflito, mas não possui autoridade para sancionar o descumprimento das regras do código. O CDC foi efetivado através de processos judiciais desde o início e ainda hoje depende da atuação dos agentes privados junto ao Judiciário para que sejam alcançados os objetivos da política pública de proteção aos direitos do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor preenche as características apontadas pelos autores estadunidenses na definição de aplicação privada, sendo que a principal delas é a existência de regras processuais que estimulem a discussão da violação de direitos no Judiciário, pois a aplicação e efetivação da lei depende do ajuizamento de ações. No CDC, as regras processuais protegem o consumidor e facilitam a propositura de ações. A regra de inversão do ônus da prova é um exemplo de incentivo ao autor-consumidor, assim como o estabelecimento do foro do seu domicílio como territorialmente competente para julgar a ação. A criação de um cenário favorável aos consumidores estimula a aplicação privada da lei através das decisões jurisdicionais.

A aplicação privada é frequentemente discutida em outros países,<sup>256</sup> como nos EUA, e através dela leis e outros atos normativos são efetivados.<sup>257</sup> No contexto estadunidense, leis de proteção ao consumidor e de combate à discriminação têm sido efetivados através da atuação dos agentes privados há anos. Esse tipo de implementação também desafia as fronteiras entre o político e o jurídico, pois o alcance do objetivo politicamente estabelecido, que determinou a criação de uma lei,

---

<sup>255</sup> Sobre *private enforcement*: FARHANG, Sean, Public Regulation and Private Lawsuits in the American Separation of Powers System, **American Journal of Political Science**, v. 52, n. 4, p. 821–839, 2008, p. 822.

<sup>256</sup> O tema ainda não é tão debatido no Brasil, por isso os artigos citados são todos dos EUA.

<sup>257</sup> BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M., *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries)*, 2011.

ato normativo ou política pública, depende totalmente do Judiciário e das ações propostas pelos cidadãos. O juiz é, nesses casos, parte determinante na implementação de uma política pública, juntamente com as pessoas privadas que irão fiscalizar as violações à lei e ajuizar as ações.

Essa pode ser uma das formas mais eficientes de implementar regulação, especialmente para os casos em que a verificação do cumprimento da lei é difícil ou muito custosa. O CDC mais uma vez se encaixa perfeitamente na descrição, pois consumidores podem verificar a obediência às suas regras de maneira mais eficiente que qualquer agência pública. Vale ressaltar que, embora esse método de fiscalização seja eficaz, o funcionamento da aplicação privada depende diretamente dos incentivos para ajuizar ações, e se as condições não forem vantajosas o suficiente os consumidores serão desencorajados. Nesse caso, a aplicação da lei será falha ou ela sequer será aplicada.

Outra demonstração da complexa relação entre juiz e legislador está na crescente similaridade entre países de tradição de *civil law* e *common law*.<sup>258</sup> Muitos países da primeira tradição têm adotado alguma espécie de regra do *stare decisis*, ou de *vinculação aos precedentes*. No caso do Brasil, o excesso de processos nas instâncias superiores e inferiores, além das assustadoras taxas de congestionamento, desencadearam uma série de reformas processuais que foram iniciadas na década de 90 e culminam hoje em um novo Código de Processo Civil. Muitas dessas reformas procuraram vincular os juízes e tribunais às decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Outras tentaram vincular as cortes aos seus próprios precedentes, numa tentativa de evitar recursos inúteis e sem chances de sucesso. As decisões do STF, que só afetavam a totalidade da população nos casos de controle abstrato de constitucionalidade, passaram a representar o julgamento de diversos casos ao mesmo tempo.

---

<sup>258</sup> O tema é discutido há algum tempo no Brasil e na Itália. MARINONI, Luiz Guilherme, Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, p. 11–58, 2010; TARUFFO, Michele, Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law, **Revista de Processo**, v. 110, n. 28, p. 141–158, .

Essa foi uma inovação marcante, que afastou o país do tipo ideal de tradição *civil law* (ao qual o Brasil já não era totalmente compatível, em virtude do sistema misto de controle de constitucionalidade). Hoje, o Supremo pode editar súmulas vinculantes que devem ser seguidas não só por todo o Judiciário, mas também pelo Executivo e todas as suas agências e órgãos; e, em tese, todo caso julgado irá influenciar juízes de primeiro grau e tribunais locais.

Mais uma vez, isso pode ser visto como uma violação das fronteiras entre o político e o jurídico. O Judiciário brasileiro nunca conviveu com instrumentos como esses e a *repercussão normativa de cada caso julgado* pelas cortes superiores nunca foi tão marcante e visível.

Os três exemplos de rompimento de fronteiras não são ressaltados pela doutrina brasileira, enquanto a efetivação de direitos fundamentais pelo Judiciário é frequentemente apontada como exemplo de ingerência dos juízes na esfera política. O destaque de apenas uma forma de violação desses limites (além das críticas a casos específicos) conduz, erroneamente, à ideia de que esse tipo de atuação do Judiciário é excepcionalíssima, quando na verdade ela se revela das mais diversas formas. Não se pode esquecer que cada decisão jurisdicional brasileira em tese realiza o controle concreto de constitucionalidade e é, por isso, potencialmente uma decisão com alta carga política. A concepção rígida de separação de poderes ignora completamente esses aspectos, como se o Judiciário “se comportasse bem”, apenas aplicando a lei, na maior parte do tempo, e esporadicamente fosse dado a arroubos políticos.

Tampouco são mencionados os casos em que o juiz é expressamente convidado a proferir uma decisão claramente política, para evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. Isso acontece todas as vezes em que um pedido de suspensão da segurança é apresentado perante um tribunal, e os desembargadores devem analisar a possibilidade de suspender os efeitos de uma decisão de tutela de urgência proferida contra a Fazenda Pública.

Já se viu (2.1) que o tipo ideal de aplicação mecânica de direito e a divisão de tarefas entre juiz e legislador que lhe é correlata não existiram de fato. Essa impossibilidade do raciocínio meramente subsuntivo decorre não só da inevitabilidade da tarefa interpretativa, mas pode, hipoteticamente, derivar da própria estrutura de

resolução de conflitos, monopólio da coerção e vedação da autotutela nos Estados de Direito.

Um modelo triádico de resolução de disputas é composto por dois disputantes e um solucionador de conflitos. A tríade pode ser formada consensualmente pelos disputantes (como acontece na arbitragem) ou pode independender da vontade de um deles, como acontece na jurisdição.<sup>259</sup>

A resolução de conflitos triádica é criadora de normas porque constantemente adapta a estrutura normativa do sistema às demandas dos disputantes. Ao mesmo tempo, o legislador também exerce uma espécie de atividade solucionadora de disputas, já que as leis podem prevenir o surgimento de conflitos e ajudam a resolvê-los uma vez instalados. Se o juiz deve aplicar a lei produzida pelo legislador, e essa lei é obrigatória, a resolução do conflito tem que ser potencialmente coercitiva. Nessa perspectiva, a resolução de disputas também é uma forma de criação de normas impositivas e, portanto, o legislador divide seu poder criador do direito com o juiz.<sup>260</sup> O primeiro faz regras prospectivas e genéricas, o segundo faz normas particulares e retroativas.

Ambos, na verdade, enfrentam sérios problemas de legitimidade. A legitimidade da resolução de disputas depende da imparcialidade do juiz, e a sua imparcialidade é prejudicada pela sua capacidade de criar, de certa forma, direito. O legislador, por outro lado, deve criar regras para toda a comunidade, o que gera seus próprios problemas de legitimidade, que são agravados pela crise de representatividade contemporânea.

Essa descrição do modelo triádico da resolução de conflitos demonstra que a complexidade da relação entre juiz e legislador deriva justamente de sua ligação através do próprio direito, em uma repartição das tarefas de aplicação e criação. E isso em uma relação triádica, que envolve apenas três sujeitos. Tudo se torna ainda mais complexo ao pensar em casos de processo coletivo e/ou que envolvam grandes organizações burocráticas, em que a tarefa do julgador vai além da mera resolução de

---

<sup>259</sup> STONE SWEET, Alec, Judicialization and the Construction of Governance, **Comparative Political Studies**, v. 31, p. 147–184, 1999, p. 150.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 161–162.

conflitos.<sup>261</sup> Essa complexidade, aqui demonstrada, coloca ainda mais sob dúvida a possibilidade de excluir a política do Judiciário, através de uma demarcação precisa das tarefas dos juízes, legisladores e administradores. A dificuldade nessa demarcação põe em xeque uma particular concepção da separação de poderes.

*b) Os três poderes e o direito: política*

Uma interpretação razoavelmente difundida dos escritos de Montesquieu em “O Espírito das Leis” afirma que a separação e independência dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário seria uma condição para o Estado de Direito. A independência seria garantida pela equivalência entre eles, no sentido de que as três funções deveriam ser dotadas de igual poder.<sup>262</sup> Assim, entende-se que a independência é ausência de interferência. Os poderes, na verdade, não precisavam ser três, mas precisavam ser separados e independentes.

Todavia Montesquieu adota o Império Britânico como exemplo de Estado de Direito e analisa seu funcionamento. Tal concepção de independência não existia em tal país e, em sua análise, o autor exalta justamente a interpenetração<sup>263</sup> das funções judiciárias, legislativas e executivas.<sup>264</sup> Embora ele defenda modelos puros ao longo do

---

<sup>261</sup> FISS, Owen M., The forms of justice, *in*: **The law as it could be**, New York: New York University Press, 2003, p. 15–24; FISS, Owen M., The social and political foundations of adjudication, *in*: **The law as it could be**, New York: New York University Press, 2003, p. 55–58 Isso será discutido ao longo do resto do trabalho.

<sup>262</sup> Expondo essa interpretação, mas não a adotando: ALBUQUERQUE, J.A. Guilhon, Montesquieu: sociedade e poder, *in*: WEFFORT, Francisco (Org.), **Os clássicos da política**, 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, v. 1, p. 119; Cf. também TANGER, Jacob, The Check and Balance System and its Reversion, **Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 64, p. 1–10, 1916, p. 2.

<sup>263</sup> ALBUQUERQUE, Montesquieu: sociedade e poder, p. 119 O autor também ressalta que a equipotência também pode ser parte de interpretação equivocada ou extremada, já que Montesquieu afirma em algumas passagens que o Judiciário é um poder nulo.

<sup>264</sup> Montesquieu, no cap. 5 do Livro 11 do “Espírito das Leis” ressalta a necessidade do Legislativo ser limitado pelo Executivo, pois poderia se tornar despótico (ele exemplifica essa limitação com o poder de veto), mas não o contrário (defende que o Legislativo não deve interferir no Executivo). Também defende que o Judiciário jamais se misture ao Executivo ou ao Legislativo, salvo raras exceções (como o julgamento dos nobres por seus pares). SECONDAT, Charles-Louis (Baron de Montesquieu), **The spirit of laws**, disponível em: <[http://www.constitution.org/cm/sol\\_11.htm#006](http://www.constitution.org/cm/sol_11.htm#006)>, acesso em: 10 jul. 2013.

“Espírito das leis”, praticamente todos os seus exemplos são flagrantemente impuros.<sup>265</sup>

Na verdade, a interpretação que prega três poderes completamente separados foi atribuída a Montesquieu posteriormente, a partir da combinação de uma série de formulações isoladas suas. A combinação gerou o *mito da separação dos poderes*. O autor, ao contrário, prevê mais de uma forma de interpenetração entre poderes. Em primeiro lugar, ele trata do controle do Legislativo pelo Executivo, através do poder de veto do rei. Em segundo lugar, do controle do Executivo pelo Legislativo, pois esse pode fiscalizar o cumprimento das leis por aquele e exigir prestação de contas dos ministros. E por último, e principalmente, ele aborda o controle do Judiciário pelo Legislativo, prevendo hipóteses em que esse atua como tribunal: nos julgamentos ditos políticos (mencionando o *impeachment* dos membros do parlamento), nos casos que discutem anistia (descritos como aqueles em que a lei é demasiado severa e precisa ser moderada) e nos julgamentos dos nobres.<sup>266</sup>

Montesquieu era nobre e estava interessado em preservar a dignidade de sua classe frente aos “preconceitos” dos magistrados populares. Ele estabelece, assim, o direito de eles serem julgados por seus pares. O autor não estava, de fato, preocupado com a separação de poderes, mas sim com a sua combinação e fusão. Ele inclusive determina que possibilidades de combinação precisam ser evitadas: o Legislativo não pode assumir os poderes do Executivo (o que seria despotismo popular), embora o contrário seja possível; e o Executivo não pode assumir os poderes do Judiciário (o que seria despotismo). Também nesse caso ele parece estar preocupado com a proteção de sua classe, pois ao vetar a segunda combinação ele defende os nobres dos arbítrios do rei.<sup>267</sup> Não há, na obra do autor, nada que se assemelhe a uma rígida concepção de separação de poderes.

---

<sup>265</sup> ALTHUSSER, Louis, **Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Marx**, Londres: Verso, 2007, p. 48.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 88–90.

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 90–93.

Essa concepção também é combatida pelos Federalistas<sup>268</sup> durante o período de ratificação da Constituição estadunidense. “O Federalista n. 47” serviu unicamente a esse propósito: demonstrar que separação de poderes não significava total independência entre eles. Madison acusa a equivocada análise de Montesquieu demonstrando que ele se baseou na Inglaterra de seus tempos.<sup>269</sup>

Madison enfatiza que “separação dos poderes” significa não permitir que os três se concentrem numa só pessoa ou grupo de pessoas, e não que esses poderes não poderiam, em certas situações, exercer funções idênticas às dos outros, ou que não poderiam ter controle sobre os atos dos demais.<sup>270</sup>

A partir dessa interpretação, pode-se enunciar uma outra característica da ideia de separação de poderes: para que eles permaneçam separados e um possa controlar o outro, em verdadeiro sistema de freios e contrapesos, é preciso assegurar a existência de poderes capazes de contrariar os outros poderes. Trata-se de um *problema político* e não propriamente de uma questão jurídico-administrativa.<sup>271</sup> A tripartição de poderes não é mera organização de funções a serem exercidas pelo Estado (e entender a tripartição como simples independência significaria justamente isso – simples divisão de tarefas<sup>272</sup>): é *correlação de forças*. Se um poder não exerce nenhuma forma de controle sobre os demais, ele é um poder nulo.

<sup>268</sup> “O Federalista” é composto por uma série de ensaios escrita por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, publicados pela imprensa de Nova York em 1788 e que defendiam a ratificação da Constituição dos EUA pelos Estados. Havia à época um embate entre federalistas e antifederalistas. Os ensaios visavam convencer a população, usando uma linguagem simples, que alcançaria a todos, mas com conteúdo rico o suficiente para atrair a atenção dos intelectuais. Cf. LIMONGI, Fernando, “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos, in: WEFORT, Francisco (Org.), **Os clássicos da política**, 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, v. 1, p. 245–252.

<sup>269</sup> MADISON, James, **The Federalist n. 47: The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts**, disponível em: <[http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed\\_47.html](http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_47.html)>, acesso em: 7 jul. 2013.

<sup>270</sup> “(...) he did not mean that these departments ought to have no PARTIAL AGENCY in, or no CONTROL over, the acts of each other.” *Ibid.* Ele ilustra como a separação total não é possível usando as Constituições dos Estados dos EUA.

<sup>271</sup> ALBUQUERQUE, Montesquieu: sociedade e poder, p. 120.

<sup>272</sup> Também contra uma concepção rígida de separação de poderes, cf. DA COSTA, Susana Henriques, O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal, in: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.), **O controle jurisdicional de políticas públicas**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 453–454.



A compreensão da separação de poderes como correlação de forças é a única que possibilita a análise do seu funcionamento contemporâneo e das complexas relações que travam entre si. A discussão acerca da separação precisa estar orientada para a promoção de efetiva democracia (e não apenas de preocupações formalistas que fazem referência ao sistema representativo); com a competência profissional necessária para a implementação de medidas e com a proteção dos direitos fundamentais. Sem essas preocupações, a discussão é superficial.<sup>273</sup>

A preocupação com a eficiência,<sup>274</sup> pura e simples, é totalmente desprovida de sentido – eficiência para que fins? O desenho institucional do Estado deve servir à promoção de fins substantivos e por mais importante que seja a consideração das possibilidades reais das instituições<sup>275</sup> (e o foco em sua maior efetividade), ela não substitui os fins mencionados acima.<sup>276</sup>

A análise do funcionamento da separação de poderes deve, portanto, considerar os seus fins substantivos e os mecanismos de disputa que caracterizam a correlação de forças.<sup>277</sup> Em nada ela se assemelha à simplista avaliação que acompanha a concepção idealizada de três poderes rigorosamente separados.

---

<sup>273</sup> ACKERMAN, Bruce, The new separation of powers, **Harvard Law Review**, v. 113, n. 633, p. 633–729, 2000, p. 640.

<sup>274</sup> A preocupação com a eficiência também deve nortear a definição dos papéis das instituições (só não deve ser o único foco). Sobre escolhas institucionais, cf. KOMESAR, Neil K., **Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy**, Chicago: University of Chicago Press, 1994.

<sup>275</sup> A discussão acerca das capacidades institucionais pode redundar em considerações banais ou especulativas. A efetiva verificação dessas capacidades exige cuidadosa pesquisa empírica (que raramente é feita por doutrinadores brasileiros). Sobre o tema, cf. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando, O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6–50, 2014.

<sup>276</sup> A aplicação da análise das capacidades institucionais por vezes recai numa concepção simplista de linguagem e numa compreensão determinista da atividade interpretativa. Para uma crítica da análise considerando a questão das teorias interpretativas, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses, Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica, *in*: , (no prelo): [s.n.], 2015.

<sup>277</sup> Bruce Ackerman faz uma análise nesse sentido para sistemas presidencialistas e parlamentaristas. No caso do primeiro, ele inicia com a indagação “quantas eleições precisam ser ganhas para adquirir autoridade legislativa?”. O Brasil é considerado um sistema separacionista por exigir mais de uma eleição, e várias situações de disputa de poder derivam dessa exigência. O autor procura analisá-las. ACKERMAN, The new separation of powers, p. 643–688.

Além disso, a insistência num esquema rígido de separação de poderes não é compatível com as acepções atuais do direito. Não condiz com o fenômeno de aplicação do direito, não se adapta a um sistema jurídico composto por princípios e regras,<sup>278</sup> não é compatível com uma Constituição dotada de força normativa nem com um sistema de controle de constitucionalidade judicial. Obviamente, o problema da separação de poderes e o problema da concepção de direito adotada são distintos, mas são inegavelmente relacionados.

Se a criação normativa não termina no Legislativo e o cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de norma criada *a posteriori* por uma autoridade que não foi democraticamente eleita, não há como insistir em uma total separação entre as tarefas do juiz e do legislador.<sup>279</sup> Com isso, mais uma vez, não se quer dizer que o direito é política e vice-versa. A completa equiparação dos dois faria com que qualquer decisão estatal estivesse automaticamente de acordo com o direito, que seria apenas vontade.<sup>280</sup> O direito não está despido da política, mas não se equipara a ela.

Na verdade, a visão rígida do princípio de separação dos poderes desprestigia a autonomia própria do direito, reduzindo-o a mero processo de aplicação de decisões políticas previamente tomadas pelo Parlamento. É essa visão que ignora o código próprio do direito<sup>281</sup> e impede que ele esteja sujeito a transformações que podem alterar sua racionalidade.<sup>282</sup> O direito, sempre visto como mantenedor do *status quo*, de matriz eminentemente conservadora, pode sim exercer papel transformador, mas só para além dessa concepção irreal de separação de poderes.

---

<sup>278</sup> Princípios e regras são conceitos que adquirem diversos contornos em diferentes concepções do direito. Para uma descrição das concepções mais adotadas no Brasil (a de Dworkin e a de Alexy), ver NEVES, Marcelo, **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**, 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

<sup>279</sup> RODRIGUEZ, **Como decidem as cortes?**, p. 129.

<sup>280</sup> NEUMANN, Franz, **O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna**, São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 98.

<sup>281</sup> O autor distingue o código do direito, que corresponde ao “direito racional e formal weberiano”, das gramáticas do direito, que são os desenhos institucionais que formam o contexto de tal código. RODRIGUEZ, **Como decidem as cortes?**, p. 179.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 182.

Além disso, essa concepção, que tenta manter o Judiciário como espaço livre de política, perpetua o seu caráter de inacessibilidade e intransparência, colaborando com o preconceito geral acerca do direito.<sup>283</sup> Enfatizar o caráter técnico das cortes, por outro lado, contribui para atenuar a responsabilidade dos juízes por suas próprias decisões, consistindo numa (falsa) rota de fuga para justificar qualquer decisão.

Se a criação e a aplicação de regras não são momentos completamente separados, é possível perceber que existe um conflito contínuo e procedimentalmente estabelecido (pelo sistema de freios e contrapesos) entre o Judiciário e Legislativo pela criação e aplicação do direito.<sup>284</sup> A disputa por quem tem o poder de dizer o direito (ver 2.1.) é contínua, e seu desfecho não deve ser determinado. A correlação de forças da separação de poderes exige que o conflito não seja interrompido.

A dinâmica das instituições deve estar estruturada de acordo com o código do direito: isso pode liberar seu caráter transformador. A possibilidade de alteração dessa dinâmica tem enorme potencial democrático, enquanto a sua rígida defesa naturaliza a atual distribuição de poder entre os grupos que fazem parte da sociedade.<sup>285</sup> Trata-se, mais uma vez, de uma disputa acerca de quem pode dizer o direito, e as possíveis mudanças podem alargar o número de sujeitos nessa disputa.

Na verdade, o Judiciário já é um espaço de disputa política. A relativa estabilidade democrática brasileira possibilitou que a Constituição conquistasse seu lugar no sistema político e na sociedade. Os mais diversos atores, defendendo os mais diferentes interesses, usam o texto constitucional como base para suas reivindicações. O discurso de judicialização da política, assim como o discurso que insistia no caráter meramente programático da Constituição, esconde o fato de que o processo de interpretação e efetivação constitucional é um processo político e um terreno de disputa.<sup>286</sup>

---

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>284</sup> NEUMANN, **O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna**, p. 19.

<sup>285</sup> RODRIGUEZ, **Como decidem as cortes?**, p. 188.

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 197.

O direito sempre foi visto como ideologia que perpetua a dominação das classes trabalhadoras pela perspectiva marxista, mas hoje ele é usado por essas classes e já se submeteu, em uma pequena parte, a seus interesses.<sup>287</sup> Os direitos sociais incluídos na Constituição são, de certa forma, conquistas dessa disputa nos processos políticos. O processo de interpretação e efetivação do direito é vista como parte desses processos políticos, no qual toda a sociedade, em tese, pode participar e encontrar uma maneira de defender seus interesses.

Não se ignora que o próprio caráter contramajoritário do Judiciário foi construído para proteger a elite minoritária, ao invés de cuidar das minorias carentes de representação no cenário político.<sup>288</sup> Por mais que pesquisas insistam que o movimento de judicialização foi capitaneado pelas elites, e que a atuação das cortes na efetivação de direitos sociais não teve impacto na desigualdade social, nem corrigiu os defeitos de representação das minorias,<sup>289</sup> isso não significa que esse espaço está fechado à entrada de novos atores. Ou melhor, só está fechada se optamos por um retorno ao esquema clássico. O direito pode sim atenuar desigualdades, proporcionando que os menos favorecidos possam reivindicar seus direitos através do próprio sistema jurídico.<sup>290</sup>

Note-se que não se está afirmando, dentro do embate da judicialização, que o Judiciário seja o único encarregado de definir questões e disputas políticas.<sup>291</sup> As cortes não precisam dar a última palavra, ou a única palavra sobre o assunto. Fato é que hoje a atribuição de significado aos valores constitucionais se dá principalmente (não exclusivamente) no Judiciário, e ele deve estar aberto a todos.<sup>292</sup>

---

<sup>287</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo, Franz Neumann: o direito liberal para além de si mesmo, *in*: MARCOS NOBRE (Org.), **Curso livre de teoria crítica**, Campinas: Papirus, 2008, p. 107.

<sup>288</sup> GARGARELLA, Roberto, **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**, Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 48–58.

<sup>289</sup> HIRSCHL, **Towards juristocracy**, p. 150 e 162.

<sup>290</sup> NEUMANN, **O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna**, p. 40.

<sup>291</sup> FISS, *The forms of justice*, p. 3.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 15.

Também não se quer afirmar que a alteração de políticas públicas pelo Judiciário deve ser feita de forma irresponsável e descontrolada. O estabelecimento de limites e critérios para essa atividade passam certamente pelo abandono do diagnóstico de judicialização da política, pois ele não auxilia em nada nessa tarefa – afinal, de nada adianta tentar excluir a atividade política do Judiciário, como já visto.

A visão do Judiciário como mero local de solução de conflitos entre sujeitos privados (como descrito no modelo triádico descrito acima) deve ser superada. O Judiciário já é muito mais, e o é há algum tempo.

\*\*\*

O equivocado diagnóstico de judicialização da política fundamenta-se em duas premissas insustentáveis: a) a atividade política é estranha ao funcionamento das cortes, que passaram a desempenhá-la após a Constituição de 1988 e a partir de uma nova concepção de direito, que vai além da “mera aplicação da lei”, representando um rompimento com o passado; e b) direito e política podem ser completamente separados, o que permite a criação de limites à atuação política do Judiciário. Viu-se que não houve tal rompimento com o passado, pois nunca houve o “juiz boca da lei” e que, pela impossibilidade de determinar limites entre direito e política, não há como estabelecer limitações abstratas ou concretas à atividade dos tribunais (nesse sentido).

Esse diagnóstico serviu apenas para legitimar os instrumentos de controle que não podem controlar o Poder Judiciário (ver cap. 1) e, ao contrário, estimulam a “indisciplina” por requererem a formulação de juízos políticos pelos magistrados. A insistência no “retorno” a uma concepção idealizada da separação de poderes oculta a disputa continuada pelo poder de dizer o direito.

É preciso, por fim, averiguar as razões da aceitação desse diagnóstico. Algo aconteceu após a Constituição de 1988 e a percepção da mudança sustenta a afirmação da judicialização. Já foram descartadas as avaliações usuais do cenário pós-1988 e é preciso apontar para outra explicação.

O impacto da democratização de um país não pode ser desconsiderado. Tampouco é possível desconsiderar a força de uma Constituição democrática,

carregada de ideais de justiça social e que estabelece direitos fundamentais exigíveis do Estado. De certa forma, houve uma abertura da disputa pelo poder de dizer o direito e o Judiciário foi usado como espaço dessa disputa.

O reconhecimento dessa abertura e de seu potencial democrático impede a aceitação do diagnóstico de judicialização da política. Se existem falhas no processo de disputa, devem ser buscadas soluções para elas, ao invés de fechar as portas do Judiciário para demandas que buscam a efetivação de direitos ou a proteção contra a sua violação, principalmente aquela perpetrada pelo Estado. Caso contrário, estarão sendo rejeitadas as conquistas sociais que já foram feitas através do direito.

É preciso abandonar a falsa novidade do diagnóstico de judicialização, assim como a contraditória postura que enaltece as mudanças nas concepções contemporâneas de direito mas não reconhece que sua adoção evidencia a irreabilidade da separação absoluta de poderes. É, no mínimo, paradoxal a aceitação de um direito que não se resume à mera aplicação da lei e a insistência em uma concepção idealizada do relacionamento entre os três poderes.

### CAPÍTULO 3 - O PALCO E O PROTAGONISTA: O ESTADO BRASILEIRO EM CENA

*“Desde que o samba é samba é assim”*<sup>293</sup>

O diagnóstico de judicialização da política insiste em recriar uma concepção idealizada de separação de poderes, fundamentando seus reclames no fato de que o Judiciário não pode se imiscuir em temas políticos porque seus membros não são democraticamente eleitos – esses temas deveriam ser resolvidos pelos representantes da população. Além de todos os problemas já mencionados, a judicialização é completamente alienada e parece desconhecer os desdobramentos dessa concepção no contexto brasileiro.

*Injustiça social gera fragilidade política* – trata-se de um ciclo vicioso. Os políticos, interessados em sua reeleição e na eleição de seus aliados, percebem que as vítimas da pobreza e do preconceito encontram dificuldades – de subsistência – para se mobilizar politicamente. Existem, obviamente, movimentos sociais organizados, mas a atenção dos políticos concentra-se em atender os interesses dos mais ricos, em virtude de seus objetivos eleitoreiros.<sup>294</sup>

A visão tradicional da separação dos poderes insiste em tratar Legislativo, Judiciário e Executivo como três blocos monolíticos com funções duras e pré-determinadas. Nesse cenário, os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição se tornam meras promessas: a fragilidade política dos que estão em posição mais vulnerável na sociedade geralmente faz com que esses direitos ocupem o último lugar da agenda de prioridades dos poderes democraticamente eleitos. Assim, a sua efetivação e a promessa de justiça distributiva ficam desamparadas ou, no máximo,

---

<sup>293</sup> Da música “Desde que o samba é samba”, de Caetano Veloso.

<sup>294</sup> ACKERMAN, The new separation of powers, p. 724 Ackerman chama esse cenário de “pure pie in the sky”: a torta no céu faz referência a uma recompensa após a morte. Espere sentado.

sob a guarda do Judiciário, que não tem poder para, sozinho, transformar a realidade social.<sup>295</sup>

O funcionamento do Estado brasileiro, especificamente a orquestração da atuação de seus três poderes, poderia ser objeto de um estudo inovador por si só. Os três poderes brasileiros comportam-se como diferentes personalidades de um mesmo ente, que parecem se esquecer que são partes de um todo e que, muitas vezes, incentivam a conduta errática (e por vezes inconstitucional e ilegal) das demais “personalidades”, falhando na tarefa de controle recíproco que lhes havia sido incumbida.

A esquizofrenia estatal se manifesta das mais diversas maneiras, mas geralmente é marcada por um misto de condutas que desconsideram a autoridade de dos outros poderes ou que se aliam às suas posturas ilegítimas.

A conduta dos três poderes brasileiros inaugura uma tripartição *sui generis*, que se reforça no transtorno de personalidade múltipla do Estado: o Legislativo promulga leis que não são cumpridas pelo Executivo, ao que se segue um infindável número de ações propostas perante o Judiciário, que condena o Executivo a indenizar ou o ordena a cumprir o determinado em lei. Só que o Executivo não cumpre as ordens, ou submete os cidadãos ao pagamento pelo falido sistema de precatórios. Muitas vezes, como é o caso do processo coletivo, seguem-se alterações legislativas, ou mesmo entendimentos jurisprudenciais, que dificultam a prestação de uma tutela efetiva.

Pode-se retratar essa atuação de outra forma: o Legislativo promulga lei de constitucionalidade duvidosa (como, por exemplo, em matéria tributária). O Executivo faz cumprir a lei e o Judiciário hesita ou tarda em declarar a inconstitucionalidade. Ou ainda, exige-se que cada cidadão discuta a aplicação da referida lei em seu caso específico, através da propositura de (milhares de) ações individuais. Nesse caso, um poder coaduna com a conduta imoral e inconstitucional do outro, ao invés de efetivamente exercer controle.

---

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 724–725.



Nesse capítulo, procura-se analisar a atuação do Estado brasileiro em relação às potenciais demandas judiciais. Questionamentos sobre a judicialização da política dificilmente fazem uma análise de contexto, como a que se procura realizar aqui, com o objetivo de evitar a alienação criticada. Nela, o Estado é, simultaneamente, o palco e o protagonista, e serão examinados três dos seus papéis: o de violador de direitos, o de litigante habitual e o de descumpridor de decisões judiciais.

### **3.1. O Estado-vilão: violador de direitos**

A violação de direitos por parte do Estado é conhecida por todos os brasileiros e se dá em distintas áreas do convívio social. Um dos casos mais dramáticos envolve a violência policial, que faz mais vítimas nas periferias, favelas e bairros pobres das cidades.<sup>296</sup> O foco do presente capítulo, entretanto, está no comportamento do Estado frente a potenciais demandas judiciais, principalmente em condutas violadoras de direitos que afetam muitas pessoas de maneira análoga, praticamente equacional (altera-se apenas a variável do cidadão, o restante da equação é o mesmo).

A avaliação do comportamento estatal violador de direitos se dará em torno do Instituto Nacional do Seguro Social. O INSS é o maior litigante do país e consome uma parcela significativa dos recursos da Justiça Federal (isso será abordado com mais vagar no próximo ponto). Ele ocupa essa posição justamente por sua conduta violadora de direitos, que é causada por práticas que atentam contra os cidadãos e até mesmo pela emissão de atos regulatórios em conflito com a Constituição e com a legislação.

São muitas as regulamentações emanadas pela própria autarquia que desconsideram leis federais e a Constituição. Os atos normativos ilegais ou inconstitucionais ensejam a propositura de inúmeras ações judiciais e também violam direitos de outros tantos cidadãos que sequer procuram o Judiciário. O número de atos

---

<sup>296</sup> Sobre a relação entre homicídios, violência policial e baixo desenvolvimento sócio-econômico, ver pesquisa empírica em PERES, Maria Fernanda Tourinho *et al*, Homicídios, desenvolvimento socioeconômico e violência policial no Município de São Paulo, Brasil, **Rev Panam Salud Publica**, v. 23, n. 4, p. 268–76, 2008.

que se encaixam nessa descrição é tão alto que um estudo de 2011 sobre demandas repetitivas no Brasil recomendou a revisão do arcabouço normativo do INSS, ressaltando que além de entrar em conflito com a legislação, tais atos nunca são reformados para estarem em conformação com a jurisprudência consolidada em matéria de direito previdenciário.<sup>297</sup> A seguir, serão examinados alguns desses casos.

A Lei n. 8.213/1991, que estabelece os planos de benefícios da Previdência Social define, no seu artigo 16, quem são os dependentes do segurado. Companheiros, que vivem em união estável, são expressamente reconhecidos como tais. Como se sabe, não é preciso nenhum documento formal para comprovar essa espécie de união, protegida como o casamento pela Constituição.

O Decreto n. 3048/1999, em seu art. 22 §3º, regulamentação do INSS, exige três documentos diferentes para comprovar o status de companheiro. Considerando que boa parte da população não possui sequer documentos pessoais, a exigência de três documentos para comprovar a união parece ser totalmente descabida. Em 2008, cerca de 4,6% dos nascimentos não foi registrado no país. Esse número, na verdade, pode ser bem maior, pois o IBGE obteve o dado a partir da comparação entre os registros de nascimento e o SINASC (Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos), do Ministério da Saúde.<sup>298</sup> Além disso, o estabelecimento da união estável como figura legalmente protegida se deu justamente para evitar a exigência de formalidades para comprovar uma vida em comum e garantir os direitos dos companheiros.

O INSS ignora essa intenção e mantém o Decreto, levando milhares de processos todos os anos ao Judiciário. Mesmo após cada caso ter o mesmo desfecho, a autarquia não muda de posição e nem sequer justifica seus atos.

A mesma Lei n. 8.213/1991 define, em seu art. 108, que a falta de qualquer documento pode ser suprida por justificação administrativa. Raramente a justificação é usada: o benefício é simplesmente indeferido e o segurado é encaminhado à

---

<sup>297</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira**, Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011, p. 25.

<sup>298</sup> IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, **Evolução dos Registros de Nascimentos por Unidades da Federação 2008**, Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010, p. 4 e 7.

Defensoria Pública da União para ajuizar mais uma ação. Dessa forma, o INSS “delega” um procedimento probatório que deveria ser realizado internamente para o Judiciário.

Além disso, o Decreto n. 3.048/99 exige “início de prova material” para a própria realização da justificação administrativa e, por consequência, para a concessão de benefícios em diversos casos. Em alguns deles, a exigência encontra respaldo legal, como na comprovação de tempo de serviço, mas em tantos outros (como no caso da dependência acima mencionado) a exigência é ilegal. Assim, documentos antigos ou ilegíveis e provas circunstanciais (como ter um filho com o companheiro) não são considerados e benefícios são negados. Cabe ao INSS verificar se o segurado ou dependente preenche os requisitos para receber os benefícios, mas nesses casos a autarquia também delega ao Judiciário a tarefa de ouvir testemunhas e verificar documentos.<sup>299</sup>

Em dezembro de 2014, o Supremo Tribunal Federal decidiu o ARE 664.335, com repercussão geral reconhecida, e fixou duas teses importantes de direito previdenciário: a) “o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão constitucional de aposentadoria especial”; e b) o trabalhador submetido a ruído acima dos limites legais de tolerância tem direito a aposentadoria especial mesmo que o empregador declare que o EPI é eficaz. Automaticamente, o INSS passou a indeferir administrativamente todos os pedidos de aposentadoria especial em que havia indicação de EPI, sem verificar sua eficácia. Não há sequer a verificação da certificação do equipamento, para garantir sua funcionalidade mínima. Além disso, o INSS desconsidera a segunda tese firmada pelo STF e indefere a aposentadoria especial dos trabalhadores sujeitos a ruídos excessivos pela existência equipamento de proteção.

---

<sup>299</sup> Na página do INSS na internet é possível verificar os documentos exigidos para aposentadoria por idade de trabalhador rural e, na ausência desses, o que pode ser considerado indício de prova material para garantir a realização da justificação administrativa: <http://www.previdencia.gov.br/servicos-aocidadao/informacoes-gerais/documentos-comprovacao-tempo-contribuicao/documentos-trabalhador-rural/>

Os casos de indeferimento administrativo do benefício de salário maternidade em caso de demissão da empregada gestante também são exemplos de violações de direitos. Neles, o INSS alega que só tem direito ao benefício a segurada empregada, exigindo o preenchimento do requisito “exercício de atividade laboral ao tempo do parto”. Como são casos de dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante, a autarquia afirma que a responsabilidade pelo pagamento do salário maternidade é do empregador, e insistem nesses argumentos. Ou seja, um benefício estabelecido por lei (estabilidade no emprego) é convertido em penalidade pela conduta estatal.

O mais marcante da postura do INSS é, entretanto, a insistência em persistir aplicando uma política ilegal mesmo após ter sido alertado inúmeras vezes pelo Judiciário acerca dessa ilegalidade. A atitude da autarquia é basicamente a de “me processe”, sem se incomodar com as repercussões nacionais desse entendimento. É preciso, também, ressaltar que o número de ações ajuizadas contra a autarquia não representa o número de pessoas que tiveram seus direitos violados por ela. Considerando a grande parcela da população que não tem acesso ao Judiciário pela inexistência de defensores públicos na maior parte das comarcas do país (conforme mencionado anteriormente), pode-se especular que o número de pessoas atingidas pela conduta irresponsável do INSS é muito maior que o número de casos em que ele figura como réu.

### **3.2. O Estado-pródigo: maior litigante do país**

O segundo papel do Estado a ser examinado é o de litigante habitual – na verdade, do maior litigante habitual de todos. A conduta violadora de direitos da Administração Pública também é evidenciada por sua participação (em especial no polo passivo da relação jurídica processual) nos processos que tramitam no Judiciário. O fato de que o Estado é o maior litigante do país e que é parte numa parcela expressiva dos processos evidencia o descaso em relação aos direitos dos cidadãos (e a suas próprias regras) e/ou a quase absoluta incapacidade de resolver conflitos extrajudicialmente. Assim, um papel confirma o outro.

O relatório “100 maiores litigantes”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, revela que em 2011,<sup>300</sup> 12,14% dos processos protocolados envolviam o setor público federal, maior litigante do país. Em segundo lugar, aparecem os bancos (10,88% dos processos), em terceiro e quarto lugar estão os setores públicos estaduais e municipais (respectivamente, 6,88% e 3,75%). Em quinto lugar, aparecem as empresas prestadoras de serviços de telefonia (1,84%).

Somados, as três esferas de entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal, incluindo a Administração Direta e Indireta) alcançam quase 23% de todos os processos iniciados no ano de 2011. O relatório também individualiza os 100 maiores litigantes. Dos 100, 75 pertencem ao setor público.

Separando a Justiça Federal da Estadual, percebemos que a participação do setor público federal nos processos da Justiça Federal é de 83,19% (como não podia deixar de ser pelas regras de competência da Justiça Comum Federal), e em segundo lugar aparecem os bancos, com participação de 9,6%. Na Justiça Estadual, os setores públicos estadual e municipal somam 14,1% dos casos, e os bancos, 12,95%. Prestadoras de serviços de telefonia contabilizam 2,38% dos processos na Justiça Estadual. Ressalte-se que esse número pode ser muito maior, pois foram considerados somente o percentual de processos em relação ao total ingressado entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011. Aqueles que foram propostos anteriormente não foram contabilizados.<sup>301</sup>

O relatório anterior (“Os 100 maiores litigantes 2011”, referente ao ano de 2010) trazia ainda um outro dado: separou os processos dos 100 maiores litigantes dos demais e constatou que, dentre aqueles, 51% envolviam o setor público. O Estado brasileiro é definitivamente o maior dentre os maiores litigantes.<sup>302</sup>

Em recente relatório do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, constatou-se que das 25 empregadoras com maior número de processos em trâmite, 15

---

<sup>300</sup>Último relatório publicado.

<sup>301</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **100 maiores litigantes 2012**, Brasília: [s.n.], 2012.

<sup>302</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **100 maiores litigantes 2011**, Brasília: [s.n.], 2011.

delas fazem parte da Administração. Elas representam 33,35% do número total de processos.<sup>303</sup>

Além de ser parcialmente (e consideravelmente) responsável pela sobrecarga do Judiciário, a conduta estatal também dificulta o acesso à justiça dos cidadãos. Cappelletti e Garth, ao avaliarem os fatores determinantes do efetivo acesso à justiça, evidenciaram que a atuação dos litigantes habituais é um grande obstáculo à realização desse direito fundamental.<sup>304</sup> E esse não é o único caso em que o comportamento do Estado dificulta esse acesso: ele o impossibilita ao deixar de implementar (ou não implementar adequadamente) a Defensoria Pública em todas as comarcas do país.<sup>305</sup>

Outras pesquisas demonstram que o Estado não evita processos que poderia evitar e insiste em exigir que os cidadãos ajuízem ações para conseguir a efetivação de seus direitos, ao invés de simplesmente implementá-los.

O excesso e a complexidade das instruções normativas dos órgãos do Ministério da Previdência (Presidência do INSS, Diretoria Colegiada do INSS, Conselho Nacional da Previdência Social, Conselho de Recursos da Previdência Social) muitas vezes ocasiona divergências com a legislação federal, dando margem para o questionamento judicial das condutas da autarquia, que muitas vezes não atenta para a jurisprudência consolidada em várias questões de direito previdenciário.<sup>306</sup>

As instruções normativas do INSS, como mencionado, muitas vezes entram em conflito com a Constituição e com leis federais, o que dá margem a um número exagerado de processos para a correção de tais violações. Trata-se de uma conduta irresponsável e inconsequente do Estado e não existe perspectiva de que esse quadro seja revertido em algum tempo próximo.

---

<sup>303</sup> TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO, **Ranking das 25 empregadoras com maior número de processos trabalhistas no TRT 9ª Região**, Curitiba: [s.n.], 2014.

<sup>304</sup> Cappelletti e Garth destacam que o direito ao acesso efetivo à justiça precisa transpor uma série de obstáculos, que são agrupados em três grandes grupos: custas judiciais (que abarca também o tempo do processo e os honorários dos advogados), possibilidades das partes (que engloba recursos financeiros, a aptidão para conhecer seus direitos e a distinção entre litigantes habituais e eventuais) e problemas específicos dos interesses “difusos” (no sistema brasileiro, interesses coletivos, que incluem os difusos e coletivos em sentido estrito). CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, **Acesso à justiça**, reimpressão. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 15–29.

<sup>305</sup> MOURA *et al*, Mapa da Defensoria Pública no Brasil, p. 33 e ss.

<sup>306</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira**, p. 25.

Como mencionado, o INSS é o maior litigante do país. Em relação aos outros 99 maiores litigantes, ele está presente em 22,33% dos processos.<sup>307</sup> A autarquia está presente em 73,1% dos casos nos Juizados Especiais Federais (sem esquecer que também existem casos contra ela na Justiça Federal Comum). Considere-se que a média do valor atribuído à causa nesses juizados é de 25 salários mínimos (bem abaixo, portanto, do teto de 60 salários mínimos), e que a duração média dos processos em 2010 foi de aproximadamente um ano e oito meses. Os custos dessa conduta do INSS são enormes: não só existe uma parcela do Judiciário dominada por ele, como casos de valor relativamente baixo tomam o tempo dos funcionários públicos federais (juízes, procuradores federais, defensores públicos da União e servidores).

A atuação processual do Estado, além de ser excessivamente frequente (como anteriormente demonstrado) é marcada por diversas prerrogativas, como prazos diferenciados (em dobro, art. 183 do NCPC), a remessa necessária (em regra, sentenças contrárias à Fazenda Pública não produzem efeitos até serem confirmadas pelo tribunal, art. 496 do NCPC), a execução diferenciada (mencionada a seguir e prevista nos arts. 534 e 535), restrições à concessão de tutela de urgência contrária aos seus interesses (Lei n. 9.494/97) e a possibilidade de intervenção independentemente da comprovação de interesse jurídico (a chamada intervenção anômala, prevista no art. 5º da Lei 9.469/97). O novo CPC ainda estabelece regras diferenciadas para o cálculo de honorários contra a Fazenda, reduzindo os percentuais dos honorários advocatícios (que para outros litigantes é sempre fixada entre 10 e 20%, mas pode chegar a apenas 3% em ação contra o Estado – art. 85, §3º).

Diversas vezes, regras processuais foram alteradas, inclusive de maneira questionável (via medidas provisórias) para atender os interesses estatais e garantir novas vantagens à sua atuação em juízo – como o prazo de 30 dias para apresentação de embargos à execução, criado pela MP 1984-16, depois renovado pela MP 2.180-35 de 2001 (confirmado, de certa forma, no art. 535 do NCPC, que estabelece o mesmo prazo para a apresentação da impugnação à execução).

---

<sup>307</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **100 maiores litigantes 2011**, p. 5.

A alteração de regras processuais para esses fins já atingiu o regramento do processo coletivo, dificultando o acesso da população à justiça e criando obstáculos à efetividade da tutela coletiva. Uma dessas alterações gerou a “fragmentação territorial da coisa julgada”: a alteração do art. 16 da Lei n. 7.347/85 (redação dada primeiramente pela medida provisória n. 1.570/97, convertida na Lei n. 9.494/97) estabeleceu que a coisa julgada nas ações civis públicas fica restrita aos limites territoriais da competência do órgão jurisdicional que proferiu a decisão. O art. 16 é considerado formalmente e materialmente inconstitucional por parte da doutrina.<sup>308</sup>

Ainda mais relevantes foram algumas modificações legislativas que especificamente alteraram o regramento das ações coletivas contra o Estado. Primeiramente, o art. 2-A, parágrafo único da Lei n. 9.494/97 (criado pelas medidas provisórias n. 1798, posteriormente transformada na 2.180) estabeleceu que as ações coletivas contra a Fazenda Pública propostas por entidades associativas devem ser instruídas com cópia da assembleia que autorizou a propositura da ação e da relação dos associados e seus endereços. O dispositivo está em evidente conflito com o art. 82, IV do Código de Defesa do Consumidor, que expressamente dispensa a autorização assemblear. O caput do mesmo art. 2-A também limita a eficácia subjetiva da coisa julgada aos associados que tenham domicílio no âmbito da competência territorial do órgão que proferiu a decisão. Trata-se de evidente maneira de dificultar o processo coletivo contra a Fazenda Pública e é preciso ressaltar que o artigo (caput e parágrafo único) são . A lista de associados e a limitação à coisa julgada não fazem sentido se os direitos tutelados são difusos (e a limitação não faz sentido nunca, em relação às três categorias de direitos). Além disso, são restrições injustificadas ao exercício do direito de ação – inconstitucionais, portanto.<sup>309</sup>

---

<sup>308</sup> Além de confundir competência territorial e coisa julgada. VENTURI, **Processo civil coletivo**, p. 256.

<sup>309</sup> Em 2014, o Supremo Tribunal Federal passou a exigir a autorização dos associados para todos os casos que buscam a tutela de direitos individuais homogêneos. Ainda assim, a restrição é mais ampla se o réu é a Fazenda, pois a autorização é necessária também para a tutela de direitos difusos e coletivos. A restrição à tutela de direitos individuais homogêneos é para associações, não vale para sindicatos ou entidades de classe – cf. RE 573.232, publicado em setembro de 2014 e o capítulo 4.



Por fim, o art. 1º, p. único da Lei n. 7.347/85 estabeleceu que a ação civil pública não é o meio adequado para veicular “pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. A modificação da lei também foi realizada via medida provisória (medida provisória n. 1.984, posteriormente n. 2.180). O referido parágrafo também é tido como formalmente e materialmente inconstitucional, mas é importante ressaltar que ele acaba por limitar significativamente a atuação do Ministério Público na proteção dessas pretensões coletivas contrárias aos interesses da Fazenda Pública.<sup>310</sup>

Combinados, os arts. 2-A, p. único da Lei n. 9.494 e 1º, p. único, da Lei n. 7.347 impossibilitam a atuação do Ministério Público justamente em questões que abarrotam o Judiciário (envolvendo tributos, contribuições previdenciárias, FGTS) e dificultam enormemente a atuação das associações nessas mesmas questões, já que todas envolvem o processo coletivo contra a Fazenda Pública.<sup>311</sup>

As prerrogativas são fundamentadas na proteção do interesse público dito “secundário” e na preservação do erário. Ressalte-se brevemente que os interesses egoístas e a conveniência da Fazenda Pública não podem ser entendidos como interesse público.<sup>312</sup> E são justamente eles que justificam tantos privilégios, também explicados pela suposta disparidade das condições de um procurador e de um advogado: a burocracia dificultaria o acesso aos fatos e o volume de trabalho impediria o desempenho das atividades no mesmo prazo dos particulares.<sup>313</sup> Ora, o volume de trabalho é consequência da atitude irresponsável do próprio Estado – que é o único autorizado a se beneficiar da própria torpeza no regramento de direito processual civil brasileiro.

---

<sup>310</sup> VENTURI, **Processo civil coletivo**, p. 252.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 206.

<sup>312</sup> Daniel Wunder Hachem explica que o uso da expressão “interesse público secundário” representa equívoco terminológico, pois emprega os termos usados pela doutrina portuguesa no sentido de outra expressão - “interesse secundário”- usada pela doutrina italiana. Esses interesses secundários não podem ser considerados públicos porque poderia ser reconduzido a um particular. HACHEM, **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**, p. 158–159.

<sup>313</sup> DA CUNHA, Leonardo José Carneiro, **A Fazenda Pública em juízo**, 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 33–36.

O número de prerrogativas processuais da Fazenda Pública e a sua frequente litigiosidade somados às várias restrições à tutela coletiva contrária ao Poder Público trazem à tona o quão graves são os aspectos de personalidade múltipla do Estado brasileiro. O Estado se comporta de maneira inconstitucional e ilegal, hesita em realizar os direitos da população, permite e incentiva que todos os conflitos cheguem ao Judiciário, e ali se utiliza de suas prerrogativas para prolongar ao máximo sua conduta equivocada. Essa violação de direitos se repete em escala nacional e mesmo assim enfrenta impedimentos à tutela coletiva.

### **3.3. O Estado-inconsequente: descumpridor de decisões**

O quadro é extremamente problemático: a única forma de conseguir uma atuação correta e juridicamente aceitável por parte do Poder Público é, muitas vezes, através do Judiciário. Ainda assim, após obter uma sentença transitada em julgado o cidadão se depara com as complicadas execuções contra a Fazenda Pública. No caso do cumprimento de prestações de fazer, não fazer e de entrega de coisa (arts. 4536-538), os magistrados frequentemente encontram dificuldades em encontrar o meio coercitivo eficaz para provocar o cumprimento de suas decisões, já que estabelecer uma multa coercitiva (astreintes) contra o próprio Poder Público não costuma provocar o efeito esperado (também devido às dificuldades em efetivar condenações ao pagamento de quantia certa contra a Fazenda Pública, abordadas a seguir). Luiz Guilherme Marinoni sugere que a multa coercitiva seja fixada contra o agente público que deve cumprir a ordem judicial,<sup>314</sup> mas esse entendimento é, infelizmente, pouco adotado pelos tribunais.

---

<sup>314</sup> Isso será discutido no capítulo 5. MARINONI, Luiz Guilherme, **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2a. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 661–662.

No caso de pagamento de quantia certa, as condenações que não se enquadram nos créditos de pequeno valor,<sup>315</sup> pagos através das requisições de pequeno valor ou RPVs, são pagas através do sistema de precatórios.<sup>316</sup>

Segundo o art. 100, §5º da Constituição, os precatórios expedidos até 1º de julho devem ser incluídos no orçamento e pagos até o final do exercício seguinte. O não pagamento pode ensejar a intervenção da União nos Estados (e dos Estados nos municípios), caso a Fazenda Pública deixe de pagar por dois anos dívida fundada ou para assegurar cumprimento de decisão judicial CF (arts. 34 e 35 da Constituição). Entretanto o STF não autoriza essa intervenção, afirmando que o pagamento não se dá pela insuficiência dos cofres públicos.

A Emenda Constitucional n. 62 de 2009 estabeleceu, ainda, que lei complementar pode estabelecer regime diferenciado para pagamento, gerando vinculação à receita corrente líquida (art. 100, §15 da Constituição). Essa vinculação revela um problema grave: há uma dissociação entre o valor das dívidas e o montante a ser pago anualmente pelo ente devedor. A relação é estabelecida, tanto no programa para a lei complementar, quanto no regime especial (descrito abaixo), com a receita corrente líquida. Não há nenhuma preocupação em estabelecer um montante mínimo anual para o pagamento.<sup>317</sup>

Enquanto a mencionada lei complementar não é elaborada, aplica-se o disposto no art. 97 do ADCT, popularmente conhecido como “regime especial dos precatórios”. Pela criação desse regime, a EC n. 62 ficou conhecida como “emenda do calote dos precatórios”. Antes dela, a Constituição havia estabelecido um prazo de 8 anos para que fossem pagos todos os precatórios. Posteriormente, esse prazo foi

---

<sup>315</sup> Até o valor de 60 salários mínimos para a União, autarquias federais e fundações públicas federais. Nos Estados esse valor é de até 40 salários mínimos. Esses créditos serão pagos em até 60 dias, através de depósito na Caixa Econômica Federal ou Banco do Brasil.

<sup>316</sup> Sobre a execução contra a Fazenda Pública, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, **Novo Curso de Direito Processual Civil: tutela de direitos mediante procedimento comum**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1040–1048.

<sup>317</sup> DO NASCIMENTO, Carlos Valder; JUSTEN FILHO, Marçal, **Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 66.

ampliado para mais 10 anos pela EC n. 30 de 2000, e ele foi novamente alterado pelo regime especial da EC n. 62.<sup>318</sup>

Segundo esse regime, a Fazenda Pública deve criar uma conta especial administrada pelo Tribunal competente, na qual serão depositados os valores necessários ao pagamento dos precatórios. Esses valores podem ser provenientes de um depósito mensal (vinculação mensal de parte da receita líquida) de valor variável entre 1 e 2% da receita corrente líquida, de acordo com o montante da dívida geral de precatórios ou de acordo com a região do país em que se encontra o ente da Administração. Nessa modalidade, não havia prazo para pagamento. Devido à quantia irrisória, provavelmente os Estados levariam centenas de anos para pagar as dívidas. A dívida também pode ser parcelada em 15 anos – nesse caso, os valores depositados na conta especial são provenientes de depósitos anuais.

Metade dos valores dessa conta especial serão destinados ao pagamento da fila dos precatórios, em ordem cronológica, como prevê a Constituição (de acordo com a emenda), considerando que: a) os débitos de natureza alimentícia (decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e indenizações fundadas em responsabilidade civil) têm preferência sobre todos os demais; e b) dentre esses débitos de natureza alimentícia, aqueles cujos titulares tenham mais de 60 anos na data de expedição do precatório terão ainda maior preferência até três vezes o valor pago por RPVs, podendo ser fracionados para serem pagos por essa via e imediatamente. Note-se que a exigência de ter 60 anos completos na data de expedição do precatório não faz o menor sentido, tendo em vista que o pagamento demora décadas e vários titulares atingem essa idade enquanto esperam receber e são, portanto, tratados de forma desigual.

A outra metade da conta especial pode ser destinada a: a) pagamento mediante leilão na modalidade deságio (recebe primeiro o credor que aceitar o maior desconto oferecido pelo ente devedor); b) ordem crescente do valor dos precatórios (pagam-se antes os de menor valor); e c) acordo com os credores. O ente da Administração pode

---

<sup>318</sup>A EC n. 62 também estabeleceu (art. 100, §9o) a compensação obrigatória dos precatórios, facultando à Fazenda compensar valores referentes a débitos líquidos e certos, inscritos ou não na dívida ativa, inclusive de parcelas vincendas.

optar por utilizar as três modalidades (não precisa escolher apenas uma). Aqui, é importante ressaltar que ao mesmo tempo que a Constituição estabelece a ordem cronológica de pagamentos, permite a burla dessa ordem por modalidades questionáveis.<sup>319</sup>

Esse regime especial, de moralidade duvidosa, e toda a EC n. 62 tiveram sua constitucionalidade questionada. No julgamento da ADI n. 4357, o STF decidiu (em março de 2013) pela inconstitucionalidade de parte da EC n. 62, mas decidiu modular os efeitos de sua decisão. O relator, Min. Luiz Fux, demorou quase um ano para elaborar seu voto. Nele, propôs que o regime especial fosse aplicado parcialmente por mais cinco anos - até 2018, portanto. Parcialmente, porque a previsão de compensação automática do precatório com dívidas tributárias não seria admitida durante a prorrogação do regime, assim como o leilão por deságio e o pagamento por ordem crescente quanto ao valor. O índice de correção das dívidas, que era fixado com base na poupança (índice TR) e, portanto, abaixo da inflação, foi corrigido. Seria aplicável o IPCA-E. Além disso, foi declarada inconstitucional a exigência de que idosos tivessem 60 anos na data de expedição do precatório – eles passariam a adquirir o privilégio tão logo completassem a idade mínima.

O Min. Roberto Barroso pediu vistas dos autos após o Min. Fux e acrescentou várias propostas para o novo regime. Dentre elas, sugeriu o uso da conta de depósitos tributários para pagamento de precatórios, a subsistência limitada da possibilidade de acordos (observada a ordem de preferência dos credores, com redução máxima de 25% do valor total), possibilidade de compensação de precatórios vencidos com dívida ativa já inscrita, e a proibição de estados e municípios devedores de pagar publicidade institucional. A proposta de Barroso foi criticada por se tratar de “interferência do STF em matéria legislativa” e por estar atuando como “legislador positivo”, nos costumeiros moldes da judicialização da política.

A decisão final sobre a modulação dos efeitos foi publicada apenas em 25 de março de 2015 – dois anos após a declaração de inconstitucionalidade, portanto. Ficou

---

<sup>319</sup> DO NASCIMENTO; JUSTEN FILHO, **Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade**, p. 66.

estabelecida a sobrevida do regime especial por 5 anos a partir de janeiro de 2016; logo, até 2021. Em relação ao reajuste dos precatórios, ficou estabelecida a aplicação do índice das cadernetas de poupança (TR) até março de 2015. A partir daí, o reajuste segue o índice IPCA-E. Precatórios tributários, entretanto, seguirão os mesmos índices que o Estado usa para corrigir seus créditos tributários.<sup>320</sup> Esses dois anos de manutenção da TR foram extremamente vantajosos para a Administração, pois os dois índices são muito diferentes.<sup>321</sup>

Em relação à manutenção parcial do regime especial, leilões e pagamentos por ordem crescente estão proibidos a partir de março de 2015, sendo que todos os anteriores são considerados válidos. Assim, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade dessas práticas (em 2013), elas são vistas como válidas pelo Judiciário, o que parece ser uma modulação de efeitos completamente descabida.

Também foi mantida a possibilidade de acordos diretos com redução máxima de 40% do valor do precatório (um valor maior que os 25% propostos por Barroso) e preservada a ordem de preferência dos credores. Mais uma vez pode-se notar uma vantagem irrazoável para o Estado, pois 40% do valor do precatório representa uma depreciação absurda – e chancelada pelo Supremo.

A vinculação a percentuais mínimos e as sanções pelo descumprimento deles permanecem válidas. O STF incumbiu o CNJ de supervisionar o cumprimento da decisão e apreciar propostas normativas para a utilização de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios.

O tribunal não estabeleceu o que acontece depois do término da sobrevida da emenda do calote. É provável que em 2021 os precatórios não tenham sido pagos, e então não haverá mais nenhum regime para seu pagamento. Existe o perigo de retorno à situação anterior à EC n. 62, quando maioria dos Estados simplesmente não pagava nenhum precatório e fingia ignorar a existência da dívida.

---

<sup>320</sup> Salvo precatórios expedidos pela Administração Pública federal nos termos das leis 12.919/13 e 13.080/15, que serão corrigidos pelo IPCA-E.

<sup>321</sup> Apenas para comparação, entre janeiro de 2009 e dezembro de 2013 a TR propiciou uma correção de 3,25% enquanto o IPCA-E propiciou 31,5%. A TR tem estado muito próxima de zero nos últimos anos, muito abaixo do valor da inflação.

Há que se considerar que a situação do pagamento dos precatórios é e sempre foi dramática. O Conselho Nacional de Justiça realizou uma fiscalização geral desses pagamentos em 2011 e 2012 e encontrou precatórios de mais de 40 anos ainda não pagos. Após a EC n. 30 de 2000, os Tribunais passaram a ser responsáveis pela classificação dos créditos (de natureza alimentar, de idosos) e pela organização da fila, mas muitos tribunais sequer haviam iniciado o cumprimento de tal tarefa. A (à época) corregedora Min. Eliana Calmon foi obrigada a ressaltar que os Presidentes dos Tribunais poderiam estar cometendo crime de responsabilidade em virtude de sua inação.<sup>322</sup>

Apurou-se também que a dívida total em precatórios, até julho de 2012, alcançava R\$ 87.570.492.923,23, e que existem mais de 127 mil processos na fila para pagamento.<sup>323</sup>

Embora a fiscalização esclareça o valor da dívida, ela não esclarece como ela está sendo paga. O Estado do Paraná paga hoje os precatórios preferenciais de 1997. Alguns Estados recusam-se a pagar. Ressalte-se ainda que essa dívida *não é computada no valor da dívida pública do Estado*. Portanto, “dever” para o Judiciário é uma pseudo-dívida.

O regime de precatórios não foi resolvido pela ADI n. 4357.<sup>324</sup> Enquanto as dívidas por precatório alcançarem bilhões em cada Estado do país, com filas de centenas de pessoas e que demoram décadas para serem pagas (a ponto de precatórios serem comumente inventariados pelo falecimento do titular), não há como se pensar em um controle totalmente eficiente das práticas ilegais e inconstitucionais do Estado pelo Judiciário. Se os precatórios seguirem sendo uma forma de calote, não há como condenar ao pagamento de indenizações que desestimulam a reiteração de condutas irregulares ou como estabelecer multas pelo descumprimento de decisões. Esse problema só será solucionado quando, de fato, o precatório for pago nos termos do §

---

<sup>322</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Relatório Precatórios: reestruturação da gestão nos tribunais**, Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.

<sup>323</sup> Os dados são do CNJ *Ibid.*

<sup>324</sup> Ver mais sobre isso no capítulo 5.

5º do art. 100 da Constituição: obrigatoriamente considerados no orçamento do exercício seguinte e pagos durante esse período.

\*\*\*

A situação é realmente dramática e demonstra que o sistema de tripartição de poderes assumiu mesmo um caráter *sui generis* no Brasil, caráter esse que o afasta da própria razão de ser da criação de tal sistema: a de possibilitar o controle dos atos de um poder pelo outro. Nada disso parece funcionar aqui, onde os poderes, muitas vezes, ao invés de fiscalizar e controlar, parecem perpetuar as ações inconstitucionais e ilegais dos demais. O fato de que o Estado usa o Judiciário como “meio” de retardar ou evitar o cumprimento de suas obrigações revela o quão perturbado é o sistema. O Estado parece mesmo sofrer de um transtorno de personalidade múltipla.

Os três papéis representados pelo Estado – violador de direitos, maior litigante do país e descumpridor de decisões judiciais – expressam a sua conduta irresponsável perante a população. É esse o cenário em que o diagnóstico de judicialização da política atua, mas que dificilmente é considerado por aqueles que pensam que o Judiciário pode deixar de tomar decisões políticas. Os tribunais são convidados a tomar decisões políticas a todo tempo, pelo próprio Estado, que litiga incessantemente, usa o tempo da duração dos processos e suas prerrogativas processuais para manter-se inconsequente perante seus atos.

É impossível pensar em judicialização sem pensar no contexto brasileiro. A adoção descuidada de um diagnóstico tão simplista pode inviabilizar o parco controle que poderia ser realizado em relação a essas práticas.

Já se defendeu que tal diagnóstico é equivocado e que apenas serve para legitimar instrumentos de controle do Judiciário que, na verdade, promovem a indisciplina, e que perpetuam, de certa forma, as condutas estatais expostas nesse capítulo. A judicialização, alienada e descolada do contexto brasileiro, oculta não só a contínua disputa pelo poder de dizer o direito, como também esse acobertamento das irresponsabilidades estatais pela via judicial.



A revisão do diagnóstico, ou o contra-diagnóstico, revela um cenário de desesperança, mas ele também abre caminho para potencialidades. Afinal, a tentativa de observar um problema em toda a sua complexidade é o primeiro passo para o esboço de soluções – o que se procura fazer nos próximos capítulos.

## EXCURSO 2: POTENCIALIDADES E APOSTAS

Para além da crítica (e com ela), é preciso saber reconhecer potencialidades. Trata-se não de uma necessidade universal, nem de um objetivo obrigatório para qualquer pesquisador, mas de um imperativo derivado das conclusões parciais deste trabalho em particular. Se as conclusões parciais fossem finais, o texto terminaria com a revelação de um cenário caótico – e só.

A crítica ao diagnóstico de judicialização da política foi feita em três etapas. Em primeiro lugar, a *crítica aos instrumentos* demonstrou que o diagnóstico serviu à legitimação de uma série de mecanismos de controle da atividade política do Judiciário, e que, a contrário sensu, não fugiram do fomento da discussão de outras questões eminentemente políticas no processo.

A *crítica ao saber* envolvido na fundamentação do diagnóstico, expressado por um discurso específico, foi abordada em segundo lugar. Esse discurso possui duas premissas – uma, que destaca o suposto rompimento do tradicional comportamento das cortes devido a uma alteração da concepção dominante de direito; e outra, que afirma a possibilidade de criação de limites à atuação política dos juízes.

As duas premissas, porém, são equivocadas, já que a imagem de um juiz que apenas aplicava a lei e deixava que as questões políticas fossem decididas nos Poderes Executivo e Legislativo nunca existiu. Além disso, as relações entre juízes e legisladores são muito complexas e avessas a interpretações estanques, o que impossibilita a limitação da atividade política do juiz.

Note-se que as duas premissas formam um circuito discursivo animado pela ideia de que direito é uma coisa e política, outra, as duas completamente distinguíveis. Como essa separação não é possível, o discurso perde suas duas bases e se desmonta, revelando o conflito político permanente e procedimentalmente estabelecido pelo poder de dizer o direito.

Por fim, a *crítica à cegueira contextual* demonstrou que o diagnóstico de judicialização da política se insere, no caso brasileiro, em um contexto estatal de irresponsabilidade. O Estado violador de direitos conduz todos os seus conflitos –

geralmente originados das atitudes estatais de violação – ao Judiciário e, por isso, é o maior litigante do país. A conduta estatal dirige a revisão de suas decisões políticas para as cortes, de forma que é impossível pensar na exclusão desses temas: retirá-los do Poder Judiciário seria admitir que o Estado pode violar direitos livremente. Além disso, o Poder Público nem sempre cumpre as decisões judiciais, e basicamente descumpre inconsequentemente todas as decisões condenatórias proferidas contra ele através do regime de precatórios.

Nesse cenário, são mantidas as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, inclusive convidando mais uma vez os magistrados a fazerem juízos políticos (como acontece com o pedido de suspensão da segurança), facilitando a continuidade do ciclo vicioso composto pelos três papéis do Estado (violador-litigante-descumpridor). Ampliando um pouco mais o âmbito de análise, percebe-se também que esse ciclo está inserido na realidade social de graves desigualdades e de fragilidade política.

O “*contra-diagnóstico*” parece ainda mais terrível que o diagnóstico que ele procura combater e, por causa disso, o reconhecimento das potencialidades ganha importância. Antes de abordá-las, é importante ressaltar que elas pertencem a uma *dimensão de apostas*: não são soluções, são proposições.

Aposta-se na possibilidade de abertura do conflito pelo poder de dizer o direito e na compreensão do Judiciário como espaço de discussão política. Isso porque acredita-se que ele está em melhor condição para o rompimento do ciclo vicioso que se desenvolve ao redor dele: a sua continuidade será mais difícil com a resistência através dos tribunais.

É preciso, porém, ter muito cuidado para não recair nos mesmos problemas da judicialização da política e legitimar uma atuação irresponsável dos tribunais.<sup>325</sup> Afinal, o Judiciário é peça importante na manutenção do ciclo vicioso. Por vezes, ele se esconde atrás dos instrumentos de controle da judicialização, propagando o discurso e afirmando que não deve interferir na esfera política. Porém, em outras tantas vezes ele decide politicamente sem se preocupar com as consequências – são os casos de

---

<sup>325</sup> Afinal, muitos dos instrumentos de controle podem ter esse efeito. A reserva do possível, por exemplo, não tem parâmetros definidos e pode justificar a recusa em efetivar qualquer tipo de direito.

decisões exageradas de judicialização, como aqueles que concedem medicamentos caríssimos e de eficácia duvidosas.

O Judiciário não é perfeito, insiste-se. Em especial, o brasileiro, que é sobrecarregado e mal aparelhado. Ele é sobrecarregado de demandas de litigantes habituais – Poder Público, instituições financeiras e empresas de telecomunicação somam mais de 35% dos processos em um ano – é comandado por um Supremo Tribunal Federal que julga mais de cem mil de casos por ano e conta com cinco vezes menos juízes (em proporção à população) que a Alemanha, que tem um Judiciário conhecido pela eficiência.<sup>326</sup> Além disso, a aposta cega nos tribunais, sem admitir outras possibilidades, é inevitavelmente marcada por um caráter elitista.

O diagnóstico de judicialização, ao contrário do se pode pensar, supervaloriza o Judiciário porque preocupa-se demasiadamente com o impacto que as decisões políticas dos juízes podem causar. A análise do cenário brasileiro, por outro lado, demonstra que o poder dos magistrados é relativo.

Os tribunais não podem, sozinhos, modificar a realidade social. A discussão sobre o caso *Brown*, no primeiro excurso, demonstra justamente isso. É preciso uma mobilização muito maior para causar grandes impactos. É importante esclarecer que a aposta no Judiciário como um espaço de discussão e luta política não significa apostar somente nele: ele é só mais um espaço, que se entende por vital para a quebra do ciclo vicioso (que é um dentre vários problemas na efetivação de direitos no país). Em outras palavras, ele não é a salvação do país.<sup>327</sup>

É preciso reconhecer as falhas das instituições e trabalhar com as suas potencialidades. Suas imagens idealizadas só podem servir como utopias,<sup>328</sup> jamais como metas, jamais como ponto de partida para soluções. Em tese, essas afirmações sobre utopias são obviedades, mas elas são frequentemente esquecidas. As ciências sociais estão comumente cercadas de utopias: o mercado perfeito, a concorrência

---

<sup>326</sup> Cf. FONSECA, **Problemas estruturais do Judiciário: por um processo civil factível**.

<sup>327</sup> Essa não é, portanto, uma tese defensora do protagonismo judicial.

<sup>328</sup> A problemática das utopias e da factibilidade perpassa toda a pesquisa da autora da tese.

perfeita, o planejamento perfeito.<sup>329</sup> Elas se manifestam também no diagnóstico de judicialização da política, com a perfeita separação entre o que é direito e o que é política, na imagem idealizada da representação e do *accountability* democrático. Uma importante e imediata consequência do abandono da perspectiva utópica está no reconhecimento que a preocupação com a falta de legitimidade democrática não deve ser só do Judiciário, mas de todas as instituições, que devem procurar mais formas de estimular e promover a participação popular na tomada de decisões, estabelecendo diálogo com os cidadãos.<sup>330</sup> A Constituição, de certa forma, permitiu a abertura da discussão e esse potencial deve ser aproveitado por todas as instituições.

Essa particular abordagem das utopias não se confunde com a adoção de uma postura antiutópica, cética, celebratória ou niilista, que afirma que o real se esgota no existente e subentende que a sociedade não tem nada a realizar além do que já realizou. Trata-se de estabelecer uma relação racional com o mundo utópico, percebendo que as utopias abrem espaço para possibilidades reais e ilusórias. Em primeiro lugar, não se pode esquecer que a utopia nunca é concretamente realizável – é exatamente isso que a define como tal. Não se progride em relação a ela, porque não é possível se aproximar de algo inalcançável: ela é um ideal em relação ao qual se pode agir, mas em relação ao qual jamais se pode progredir.

Agir em relação a utopia envolve utilizá-la para impulsionar a ação e inspirá-la. Ela representa o imaginário do melhor concebível, e é a partir dele que se pode determinar as metas possíveis e alcançáveis. As metas são inspiradas nas utopias, mas não se confundem com elas, por considerarem as impossibilidades que surgem a partir da experiência e restringem o mundo real. “É preciso pensar o impossível para pensar

---

<sup>329</sup> No caso do mercado, todos os participantes precisam conhecer todos os fatores e acontecimentos que se desenrolam a cada momento e devem possuir uma capacidade ilimitada de adaptação aos fatores cambiantes, para que se dê a prometida alocação ótima dos recursos e o progresso generalizado da sociedade. Para o comunismo pleno, o conhecimento perfeito possibilita o planejamento total da sociedade e evita que a economia precise se apoiar em relações mercantis e dinheiro, podendo prescindir desses elementos. Em ambos os casos, assim como em todos os casos, esse conhecimento perfeito é impossível. HINKELAMMERT, Franz J., **Crítica de la razón utópica**, Bilbao: Editorial Desclee, 2002, p. 136 e 228–229.

<sup>330</sup> A questão será abordada com mais cuidado no capítulo 5.

o possível”.<sup>331</sup> A factibilidade norteia o estabelecimento de metas possíveis e realistas.<sup>332</sup>

É a partir da factibilidade, portanto, que se constroem as apostas dos próximos capítulos. A dimensão de apostas concentra-se nas melhores alternativas do real, e é justamente por isso que todas as propostas estão fundamentadas no ordenamento atual: são todas de *lege lata*.<sup>333</sup>

Aposta-se, principalmente, no processo coletivo para lidar com a efetivação e a violação de direitos, com foco no acesso à justiça. A ideia de acesso, porém, não é focada numa concepção individualista, de “*right to one day in court*”, do direito de ir ao Judiciário e exercer, individualmente, o direito de ação.<sup>334</sup> O processo coletivo é entendido como uma forma alternativa ao modelo tradicional de resolução de disputas, que exige a participação do indivíduo titular do direito subjetivo, serve a fins privados e à resolução de conflitos.<sup>335</sup> O acesso à justiça é entendido como a possibilidade de ter seus direitos protegidos de possíveis violações sem precisar contratar um advogado e pagar custas processuais – em um país em que o Estado viola direitos dos cidadãos rotineiramente e onde praticamente não há defensores públicos, essa é uma preocupação de primeira grandeza.

A aposta no processo coletivo também está relacionada à sua potencialidade para tratar de questões de macrojustiça, atentando para fatores que estão além de uma relação jurídica processual que assume a forma triádica. O processo, visto dessa forma, vai além da resolução de conflitos e da busca de um retorno ao *status quo* (o suposto

---

<sup>331</sup> “Hay que pensar lo imposible para poder pensar lo posible.” HINKELAMMERT, **Crítica de la razón utópica**, p. 40.

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 383–384.

<sup>333</sup> Propostas de *lege ferenda* podem ser factíveis, dependendo do contexto considerado. Em relação ao processo civil, um novo código acabou de ser aprovado, e anteprojetos de códigos de processo coletivo nunca foram além desse *status* (não se tornaram sequer projeto de lei). Não parece factível apostar todas as fichas em alterações legislativas nesse momento.

<sup>334</sup> FISS, Owen M., The political theory of the class action, *in*: **The law as it could be**, New York: New York University Press, 2003, p. 126–127.

<sup>335</sup> FISS, The social and political foundations of adjudication, p. 50–53.

estado harmônico pré-conflito):<sup>336</sup> a perspectiva macro abre a possibilidade de discussão e de alteração de uma realidade violadora de direitos.

A partir dessa aposta, algumas preocupações centrais nortearam a elaboração das propostas. A primeira delas relaciona-se especialmente com a segunda característica do Estado brasileiro, apontada anteriormente: seu *status* de maior litigante do país. As duas outras características (Estado violador de leis e que descumpre decisões judiciais) também são motivadoras, de uma forma geral; mas a presença do Estado no Judiciário foi a principal norteadora das soluções. De nada adianta realizar o controle estatal por meio de mais e mais ações: a ideia é justamente *reduzir* o número de processos em que o Estado figura como réu, não porque as pessoas desistiram de litigar ou foram induzidas a não fazê-lo, mas porque as violações reiteradas de direitos foram eficientemente combatidas. A maioria das soluções levantadas, portanto, visam *ações em menor número e mais eficientes*.

Relacionada com essa primeira preocupação está a tentativa de evitar que as pessoas precisem ajuizar ações (de conhecimento ou de execução), pagar custas processuais e honorários de advogados. A ideia é que as soluções sejam voltadas à *efetivação imediata para todas as pessoas* que tiveram seus direitos violados, sem ser necessária uma nova intermediação judicial. Essa preocupação vai na contramão da ações condenatórias para a tutela de direitos individuais homogêneos prevista no Código de Defesa do Consumidor, que exige a propositura de execuções individuais.

Por fim, há a preocupação com o *tratamento isonômico dos cidadãos*. A grande maioria das ações individuais contra o Estado (excluídas as ações para a impugnação de atos e decisões altamente específicas e individualizadas) tem potencial para gerar tratamentos desiguais: a declaração da inconstitucionalidade/ilegalidade de um ato, uma decisão ou política pública estatais instaura um regime diferenciado para o autor da ação, enquanto o restante dos afetados pela conduta contrária ao direito seguem na mesma situação de violação.

O Estado certamente se beneficia dos provimentos individuais alcançados pelos cidadãos frente às suas atitudes em afronta à lei e/ou à Constituição. Atrelado à

---

<sup>336</sup> *Ibid.*, p. 53.

ideia de que a eficácia subjetiva da coisa julgada só atinge as partes, o Estado recebe a declaração da ilegalidade ou inconstitucionalidade de sua conduta com indiferença, como se fosse apenas a fundamentação da condenação, e persiste atuando da mesma forma, violando direitos de outras pessoas. Essa é uma conduta absolutamente irresponsável, que só poderia ser admitida em hipóteses excepcionalíssimas e na presença de justificativa convincente para a manutenção do comportamento tido por indevido.<sup>337</sup>

A referência a “apostas” não é aleatória. Se a pesquisa se ocupa das potencialidades do real, se está voltada à factibilidade, se deseja respeitar a complexidade do contexto em que pretende atuar, pode-se, no máximo, apostar em algumas proposições. A realidade é contingente. Além disso, as limitações dos tribunais são conhecidas. Essas são apenas apostas no Judiciário: não são todas as apostas possíveis, e nem deveriam ser.

---

<sup>337</sup> Um exemplo de justificativa plausível: o caso discutido na ação se refere a uma situação particular de uma região ou grupo específico e por isso o entendimento não deve ser estendido a todo o país.



## CAPÍTULO 4 - PRIMEIRO, O PROCESSO COLETIVO

*“O único sentido íntimo das cousas  
É elas não terem sentido íntimo nenhum”<sup>338</sup>*

### 4.1. Por que apostar no processo coletivo?

A judicialização da política legitimou a criação de instrumentos de controle do Judiciário, instrumentos esses que também exigem que o juiz faça juízos políticos e, portanto, falham em seu objetivo principal. Mas a judicialização também levou os doutrinadores a elaborarem uma proposta: a de direcionar essas questões ao processo coletivo. Dentre todas as reações doutrinárias ao diagnóstico, essa foi a única que consistiu não em uma tentativa de barrar certos temas (e, consequentemente, inviabilizar a proteção e efetivação de direitos, se levadas ao extremo), mas na sugestão de uma outra via para discuti-los.

Potencialmente, as ações coletivas podem trabalhar com questões de macrojustiça que não são abarcadas por ações individuais. Através delas, é possível o tratamento isonômico de todos os cidadãos afetados por atos e políticas públicas ilegais ou inconstitucionais veiculadas pelo Estado. Atos, decisões e políticas estatais geralmente exigem a adoção de uma perspectiva macro, não só pela pluralidade de pessoas, como também pela provável complexidade das questões que serão abordadas no processo.

A avaliação de questões de macrojustiça ultrapassa os interesses individuais do indivíduo lesado por uma conduta estatal inconstitucional/ilegal. Ela exige que o juiz examine o impacto da decisão em relação à toda sociedade ou a um grupo de pessoas, o que revela a impossibilidade de resolver o problema veiculado na ação de maneira desigual ou individual: se o problema persiste para outras tantas pessoas, ele não foi de fato resolvido.

---

<sup>338</sup> Alberto Caeiro (Fernando Pessoa), em Poema V.

A avaliação do impacto vai além da preocupação imediata com as outras pessoas que se encontram na mesma situação de violação. O julgamento de ações contra o Estado pode ter efeitos em áreas que não foram discutidas no processo – especialmente no que diz respeito à questão orçamentária. Note-se que a avaliação de que se fala não se confunde com a aplicação inconsequente da “reserva do possível”: é uma preocupação válida com as possibilidades reais de efetivação da tutela, que não se contenta com a mera afirmação de que “não há recursos”.

Mesmo ações individuais devem inicialmente serem examinadas a partir desse ponto de vista se tendem a instalar um tratamento desigual injustificado entre as pessoas. A ideia de igualdade complexa adquire contornos ainda mais delicados nessa espécie de ações. Alguns traços distintivos da situação de um único cidadão (como padecer de uma determinada enfermidade) podem não ser suficientes para autorizar tratamento desigual, já que existem outros tantos cidadãos que podem estar na mesma situação delicada e serem tratados de maneira não isonômica.

A justificativa da preeminência do processo coletivo, portanto, supera o mero instrumentalismo ou a preocupação com eficiência econômica – no sentido de diminuir o número de ações em um Judiciário abarrotado e, por consequência, reduzir os custos da litigância para as pessoas e para o Estado.

O fio condutor dessa primazia é o acesso à justiça, mas não o acesso à justiça individualizado, e que conduz cada cidadão ao Judiciário.<sup>339</sup> Superficialmente, a mudança de foco em relação ao acesso é causada pela impossibilidade de garanti-lo nessa concepção individualizada pelo número deficiente de defensores públicos para atender a maior parte da população; e também pelo Judiciário sobrecarregado, que já não dá conta de todas as demandas propostas (especialmente devido aos litigantes habituais).

---

<sup>339</sup> Isso não quer dizer que se menospreza o acesso à justiça individualizado ou a importância de garantir que os cidadãos tenham acesso à Defensoria Pública. Esse apenas não é o foco do presente trabalho.

Em um nível mais profundo, a opção por concentrar-se em um acesso coletivo à justiça deriva do questionamento do individualismo metodológico<sup>340</sup> que está no centro do sistema processual civil. A supervalorização do indivíduo está na base das regras que colocam o processo individual em posição privilegiada em relação ao coletivo; e ignora que nem tudo pode ser compreendido a partir da perspectiva individualizante. As relações sociais se desenvolvem de forma complexa e não podem ser apreendidas exclusivamente por essa lógica – essa ideia será desenvolvida ao longo do capítulo.

Nesse e no próximo capítulo, será feita uma defesa da preeminência do processo coletivo na proteção de violações de direitos causadas pelo Estado. Esse capítulo é dedicado à solução de o que se entende ser a grande dificuldade de implementação do processo coletivo; e o próximo é dedicado à abordagem de diferentes instrumentos de efetivação das decisões e da tutela de direitos.

O processo coletivo padece de diversos problemas e dentre eles está a dificuldade de compreensão e aplicação da própria ideia de direitos coletivos. A superação dessa questão é fundamental para o funcionamento do processo coletivo. Justamente por isso, o presente capítulo lida com as categorias de direitos de grupo estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro, numa tentativa de torná-las mais flexíveis e mais aptas a lidar com os problemas complexos gerados pelas condutas estatais.

#### **4.2. Afinal, o que são direitos coletivos?**

A Lei n. 4.717 de 1965 regulamentou a ação popular, instrumento estabelecido pela primeira vez na Constituição de 1934 e repetido nas Constituições posteriores (com exceção da Constituição de 1937). O texto constitucional, inicialmente, dava à ação popular apenas a função de anular atos lesivos ao patrimônio de entidades

---

<sup>340</sup> O individualismo metodológico assume que a ação humana individual é a unidade elementar de todas as formas de interação social: as instituições são vistas como resultado da ação e interação entre indivíduos. ELSTER, Jon, **Peças e engrenagens das ciências sociais**, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 29.

públicas; mas a lei de 1965 ampliou consideravelmente seu papel, estabelecendo que seriam anuláveis atos de quaisquer entidades subvencionadas pelos cofres públicos, e conceituou patrimônio de forma abrangente, de modo a abarcar a reparação de lesões não pecuniárias. Bens imateriais lesados, portanto, passaram a estar sob a potencial proteção da ação popular, e essa imaterialidade dos bens tuteláveis levou a doutrina a caracterizar o instrumento como destinado à tutela de interesses difusos.<sup>341</sup>

A vinculação de interesses difusos e o patrimônio imaterial deriva, de certa forma, da discussão travada entre processualistas italianos durante a década de 70.<sup>342</sup> Preocupados com a existência de casos que não pareciam se enquadrar em simples hipóteses de direitos subjetivos com vários titulares (que se resolveriam, processualmente, com a figura do litisconsórcio ou intervenção de terceiros), alguns desses doutrinadores definiram interesses difusos como tuteláveis, comuns a uma coletividade de pessoas e ligados a dados de fato, muitas vezes acidentais e mutáveis. Não haveria necessariamente um vínculo jurídico entre as pessoas, tornando difícil precisar exatamente quais delas fariam parte da coletividade, que seria, por exemplo, todos os habitantes de determinada região, todos os consumidores de determinado produto, todos que vivem sob determinadas condições socioeconômicas. Além disso, a caracterização desses interesses como comuns aludia à sua indivisibilidade – a impossibilidade de decompô-los em interesses individuais.<sup>343</sup>

Nessa discussão doutrinária não havia unanimidade quanto à nomenclatura ou às características desses direitos. Para alguns, interesses coletivos, difusos, supraindividuais ou superindividuais eram genericamente todos aqueles não individuais.<sup>344</sup> O grau de determinação da coletividade interessada ou a

---

<sup>341</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, in: **Temas de Direito Processual (primeira série)**, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 115.

<sup>342</sup> Antonio Gidi menciona que o primeiro uso do termo se deu antes de 1894. Não se refere, aqui, ao primeiro uso do termo, mas a essa específica discussão da doutrina italiana. GIDI, **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**, p. 202.

<sup>343</sup> BARBOSA MOREIRA, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, p. 110–113.

<sup>344</sup> DONZELLI, Romolo, **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi**, Napoli: Jovene, 2008, p. 162–163.

indivisibilidade desses interesses não eram decisivos para a definição, portanto. A relação indissolúvel entre essas características e direitos difusos foi trazida ao cenário brasileiro por Barbosa Moreira, um dos primeiros a escrever sobre o assunto no Brasil, foi rapidamente adotadas por outros autores<sup>345</sup> e acabou posteriormente incluída em texto de lei.

Na verdade, o debate italiano consistiu numa tentativa de compreensão das *class actions* dos Estados Unidos; revelando que a necessidade de definir e categorizar pertencia aos doutrinadores italianos – e não ao seu objeto de análise. Não existem categorias de interesses ou de direitos nas regras processuais ou em precedentes estadunidenses.<sup>346</sup> Elas tampouco estão presentes na doutrina ou na prática judiciária, pensada em termos de tipos de ação ou em características de fato, e não em espécies de interesses ou direitos.<sup>347</sup> O processo coletivo brasileiro, centrado em definições e classificações de direitos, causa verdadeiro estranhamento aos estadunidenses.<sup>348</sup>

Antonio Gidi relaciona a necessidade de categorização à tradição de *civil law*, em que o conceito de direito subjetivo ocupa posição central: direitos são pensados como pertencentes a alguém, relacionados a um determinado sujeito.<sup>349</sup> Nesse sentido, direitos pertencentes a uma coletividade não se encaixavam no padrão por não pertencerem a ninguém em particular, e por isso não poderiam ser judicialmente tutelados.<sup>350</sup>

---

<sup>345</sup> BARBOSA MOREIRA, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, p. 112; essa adoção de determinadas características e definições é descrita por Gidi, em GIDI, **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**, p. 217.

<sup>346</sup> Sobre o assunto: GIDI, **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**, p. 201–203.

<sup>347</sup> GIDI, Antonio, Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries, **The American Journal of Comparative Law**, v. 51, n. 2, p. 311–408, 2003, p. 350.

<sup>348</sup> A autora discutiu o sistema brasileiro com o Professor Owen Fiss e com a Professora Visitante Kristin Collins e a perplexidade foi evidente. A primeira pergunta, em ambos os debates, foi “Para quê?”. A classificação brasileira também foi discutida com um grupo de estudantes da Yale Law School, que também não viram utilidade na categorização.

<sup>349</sup> GIDI, Class Actions in Brazil, p. 344–345.

<sup>350</sup> Sobre direito subjetivo, suas diferentes conotações e suas formulações de acordo com diferentes concepções de direito, ver NINO, Carlos Santiago, **Introducción al análisis del derecho**, Argentina: Astrea, 2010, p. 195–209.

Obstáculos como esse não são facilmente superáveis em um contexto no qual os juristas estão atrelados a uma concepção cientificista e logicamente sistematizada do direito: tudo aquilo que não se encaixa nas categorias e conceitos pré-estabelecidos não existe juridicamente<sup>351</sup> e não recebe tutela jurisdicional. Seria preciso reinterpretar ou reconstruir conceitos e categorias, ou até mesmo criar novos (encaixando-os no sistema, obviamente), para que direitos e interesses de coletividades pudessem ingressar no imaginário dos juristas.

Supõe-se, de acordo com esse raciocínio, que os interesses e direitos difusos ou coletivos (ainda se referindo a eles de forma genérica) devem primeiro ser estabelecidos como direitos subjetivos, no plano do direito material, para depois serem criadas as ferramentas processuais para tutelá-los.<sup>352</sup>

Inicialmente, entretanto, não foi essa a ideia adotada no ordenamento brasileiro. A natureza dos direitos tutelados pela ação popular não foi estabelecida pelas Constituições que a previram, nem pela lei de 1965, que se limitou a determinar que o patrimônio público (amplamente definido na lei) seria tutelável por aquela via processual específica. Criou-se, primeiramente, um instituto processual, sem alterar o plano do direito material. A Lei n. 7347 de 1985, que estabeleceu a ação civil pública, mencionou “interesses difusos ou coletivos” sem especificar o que seriam esses interesses.<sup>353</sup> Tampouco é possível encontrar uma definição na Constituição de 1988, que consagra direitos fundamentais individuais e coletivos, trata do mandado de segurança coletivo e reforça que é função do Ministério Público promover ações civis públicas para a tutela de interesses difusos ou coletivos. Existiam, assim, vários instrumentos processuais para a proteção de tais direitos ou interesses, mesmo que eles permanecessem indefinidos no plano do direito material. Eles certamente já existiam juridicamente.

Ainda assim, a comissão que redigiu o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, optou por definir tais direitos e também por categorizá-los. Em geral, a inclusão

---

<sup>351</sup> Aqui se faz referência ao direito “oficial”, reconhecido pelo Estado.

<sup>352</sup> GIDI, *Class Actions in Brazil*, p. 348.

<sup>353</sup> VENTURI, **Processo civil coletivo**, p. 50.

de definições em leis é considerada má técnica legislativa, “pois há sempre o risco de serem incompletas ou inadequadas, ou assim se tornarem com o tempo, podendo obstruir o desenvolvimento jurisprudencial do direito.”<sup>354</sup> Mas a comissão, mesmo ciente dos riscos, estabeleceu conceitos legais dos direitos de grupo com a intenção de protegê-los e garantir sua tutela perante os tribunais. Entendeu-se que a ausência de definições claras poderia gerar perplexidade e dificultar a efetivação.<sup>355</sup>

Sobre os conceitos incluídos na lei, os autores do anteprojeto afirmaram que, ante a inexistência de consenso doutrinário, preferiram adotar aqueles que lhes “pareceram mais adequados no plano da defesa do consumidor”.<sup>356</sup> Foram adotados na legislação, portanto, conceitos acadêmicos considerados apropriados pelos autores do diploma legal naquele momento histórico.

Apesar das opiniões favoráveis acerca dessa opção legislativa,<sup>357</sup> os conceitos escolhidos não são exatamente claros e, por isso, causaram (e causam) problemas na sua implementação, que serão abordados a seguir. Além disso, a finalidade da categorização dos direitos, também incluída na lei, é obscura.

Sobre a necessidade da inclusão de definições em texto legal, pode-se dizer que ela não é gerada pela inexistência de consenso doutrinário sobre o tema. Consensos são figuras raras na doutrina jurídica, que se alimenta justamente de discordâncias – e não poderia ser diferente. A uniformidade de pensamento não é uma vantagem: dissensos movem a doutrina jurídica e propiciam (ou, ao menos, podem propiciar) o questionamento do *status quo*. Eles existem em diversos ramos do direito e marcam presença no direito processual civil. A inserção de uma visão conceitual específica no texto legal inevitavelmente limita o debate.

---

<sup>354</sup> GIDI, **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**, p. 204.

<sup>355</sup> *Ibid.*

<sup>356</sup> GRINOVER *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 811.

<sup>357</sup> Gidi acredita que a preocupação com a facilitação da implementação da tutela dos direitos de grupo é bastante elogiável, e que as definições adotadas não são ruins. Cf. GIDI, **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**, p. 204–206.

A inclusão de conceitos acadêmicos na legislação não é novidade para os processualistas. O CPC de 1973 adotou, por exemplo, uma concepção teórica bastante específica de um dos institutos fundamentais do processo: o direito de ação foi definido de acordo com a concepção eclética defendida por Liebman. Também não são desconhecidas as consequências negativas de tal opção legislativa. A verificação das condições da ação (já que o direito de ação é condicionado à verificação de elementos concretos), por se confundir com a análise do mérito, gerou problemas, solucionados pela doutrina e pela jurisprudência através da teoria da asserção.<sup>358</sup> Ainda assim, essa teoria foi novamente adotada pelo CPC 2015 (art. 17), com a redução das condições da ação para duas (legitimidade e interesse de agir, com a exclusão da possibilidade jurídica do pedido). O caso do direito de ação serve como evidência de que a definição de conceitos em lei pode trazer consequências negativas e exigir adaptações *contra legem* (como é a teoria da asserção).

Não se pode afirmar que a tutela coletiva teria sido melhor implementada no Brasil caso essas definições legais não existissem, assim como não se pode precisar se elas atenuaram as resistências, ainda bastante graves, ao processo coletivo. Apenas se pode tratar dos problemas que foram acarretados por essa opção legislativa; e que comprovam que a estratégia dos autores do anteprojeto trouxe resultados opostos aos buscados, dificultando a tutela dos direitos de grupo.

#### **4.3. Categorias em repouso: definições em texto de lei**

O legislador optou, como se viu, por definir os direitos de grupo no texto da lei, adotando conceitos específicos. Essa escolha, entretanto, é marcada por

---

<sup>358</sup> A ausência de quaisquer das condições da ação implica extinção do processo sem julgamento de mérito. Porém, por se confundirem com o mérito do caso, muitas vezes essa ausência só era percebida ao final da fase probatória e era justamente o que levaria à improcedência do pedido do autor (um julgamento de mérito, portanto). A teoria da asserção impõe que as condições sejam verificadas de acordo com as declarações iniciais das partes. Caso a ausência de qualquer uma delas seja evidenciada posteriormente, o mérito do caso deve ser julgado e o pedido declarado improcedente.



incoerências internas e problemas decorrentes das próprias definições adotadas, que serão abordadas nessa parte do trabalho.

O Código de Defesa do Consumidor definiu os direitos<sup>359</sup> de grupo, separando-os em três categorias: direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos. Segundo o parágrafo único do seu artigo 81, interesses ou direitos difusos são transindividuais, indivisíveis e têm como titulares pessoas indeterminadas ligadas entre si por circunstâncias fáticas. Os interesses ou direitos coletivos, por sua vez, também são transindividuais e indivisíveis, mas têm como titulares grupo, categoria ou classe de pessoas conectadas por uma relação jurídica base (tal relação conecta todos os membros do grupo ou conecta cada um deles à parte contrária). Por fim, os interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum.

Primeiramente, serão abordados os direitos difusos e coletivos, considerados aqui como coletivos *lato sensu*. Essas duas categorias são marcadas por duas características comuns: a *transindividualidade* e a *indivisibilidade*. São, portanto, titularizados por uma pluralidade de sujeitos e não podem ser fracionados. Essa segunda característica é extremamente importante, pois significa que não podem ser divididos em quotas-parte, que nenhum dos titulares pode dispor deles e que qualquer lesão a esses direitos atinge toda a coletividade.<sup>360</sup>

É importante ressaltar a *indivisibilidade* porque ela é facilmente esquecida, e esse esquecimento é provavelmente causado pela confusão com o regime da tutela da

---

<sup>359</sup> Cabe aqui uma nota sobre a distinção entre direitos e interesses. No item anterior, aludiu-se primeiramente a interesses, já que esse era o termo usado pela doutrina. Os doutrinadores faziam referência a interesses porque entendiam que eles ainda não haviam alcançado o status de direitos. O CDC faz referência a direitos e interesses de maneira genérica, mas para alguns autores a distinção entre as duas categorias, no âmbito do processo coletivo, ainda permanece. Entende-se que a discussão sobre o tema não tem grande utilidade, e o fato de que as distinções adotadas carecem de sentido ilustra bem essa ausência de propósito. Por exemplo, Hugo Nigro Mazzilli afirma que interesse é pretensão e direito é pretensão amparada pela ordem jurídica, confundindo interesse e pretensão. Além disso, só se saberia se a pretensão seria ou não amparada pelo ordenamento ao final do processo – assim, a distinção dependeria essencialmente do julgamento do caso. Não se entende a finalidade ou a relevância da distinção, tanto em termos teóricos quanto práticos. Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro, **A defesa dos interesses difusos em juízo**, 27 rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

<sup>360</sup> BARROSO, Luís Roberto, A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana, **Revista de Processo**, v. 130, p. 131–153, 2005, p. 134.

terceira categoria, criado pelo CDC.<sup>361</sup> Em processos que buscam a reparação de direitos individuais homogêneos, obtém-se primeiramente uma condenação genérica para depois serem iniciadas as diversas execuções individuais (como mencionado no primeiro capítulo). A possibilidade da tutela de direitos coletivos/difusos e individuais homogêneos em um mesmo processo (já consagrada pela jurisprudência e pela doutrina), estimula essa confusão: espera-se que todo processo coletivo termine em diversas execuções individuais, o que jamais ocorrerá nos casos em que se busca apenas a tutela de direitos difusos ou coletivos. Os titulares nunca receberão indenizações individuais pela violação desses direitos – apenas poderão receber indenizações pela violação de direitos individuais homogêneos. Um mesmo fato ou ato pode causar lesão a direitos coletivos *lato sensu* e individuais homogêneos, o que justifica a sua tutela em um mesmo processo, mas isso não significa que eventuais indenizações sejam provenientes de lesão aos primeiros.

A distinção entre direitos coletivos e difusos, por sua vez, está nas *características da coletividade de titulares*. O grupo titular de um direito difuso tem contornos indefinidos e os seus membros são conectados por circunstâncias fáticas, enquanto o grupo titular de um direito coletivo *stricto sensu* é determinável (não precisa ser determinado, basta sua possível determinação) e seus membros são unidos por uma relação jurídica base.

A primeira questão a ser posta diz respeito à *utilidade dessa distinção*. Afinal, se esses direitos são indivisíveis, por que seria relevante a determinabilidade de seus titulares? Já que eles não podem ser fruídos individualmente, não haveria utilidade em saber quem são seus titulares. Além disso, não há como limitar os benefícios da tutela jurisdicional concedida.

A única explicação plausível para a distinção repousa nos diferentes regimes de eficácia da coisa julgada – também já mencionados no primeiro capítulo.<sup>362</sup>

---

<sup>361</sup> É comum perceber certa perplexidade dos estudantes perante a explicação dessa característica e do que ela significa em termos de efetivação do processo – eles automaticamente relacionam o processo coletivo a uma execução individual posterior e se esquecem que direitos coletivos e difusos são sempre indivisíveis.

<sup>362</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, **Ações coletivas no direito comparado e nacional**, 2a. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 223.

Segundo o CDC, a coisa julgada referente a direitos difusos tem efeitos *erga omnes*, enquanto a coisa julgada referente a direitos coletivos tem efeitos *ultra partes*, atingindo apenas o grupo, classe ou categoria titular. Mas essa distinção é processual, e criar novas categorias de direito material para atender a um aspecto processual específico – a eficácia subjetiva da coisa julgada – parece pouco razoável. A criação de categorias diversas abre espaço a distinções que podem servir de entrave ao acesso à tutela jurisdicional, e justamente por isso se trata de manobra arriscada. Teria sido mais simples criar regimes diferenciados de eficácia subjetiva da coisa julgada – se era essa a intenção.

A distinção entre as duas categorias também é difícil de precisar ao ser transportada a casos hipotéticos,<sup>363</sup> como se percebe pelos exemplos citados por diversos processualistas. Os autores do anteprojeto dão como exemplo de violações de direitos difusos (na área de direito do consumidor) a publicidade enganosa ou abusiva veiculada por qualquer meio, pois atinge um número incalculável de pessoas sem que entre elas exista uma relação-base; e a colocação no mercado de produtos nocivos ou prejudiciais à saúde dos consumidores, que partilha das mesmas características.<sup>364</sup> Em relação aos direitos coletivos, ressaltam que a relação jurídica base deve ser preexistente à lesão, e dão como exemplos de coletividades determináveis os membros de uma associação de classe, os acionistas de uma mesma sociedade (conectados entre si pela relação-base), contribuintes de um mesmo tributo, contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, prestamistas de um mesmo sistema habitacional e estudantes de uma mesma escola (todos esses últimos conectados à partes contrária via relação jurídica base).<sup>365</sup>

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. usam como exemplos de direitos difusos a proteção ao meio ambiente, a preservação da moralidade administrativa e a publicidade enganosa ou abusiva como caso de sua violação. No caso dos direitos

---

<sup>363</sup> Aqui os casos são hipotéticos – são usados pelos doutrinadores para esclarecerem as categorias, que parecem demasiadamente etéreas.

<sup>364</sup> GRINOVER *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 821.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 824.

coletivos, citam como classes determináveis os advogados inscritos na OAB, os associados de determinada associação; e como grupos determináveis os contribuintes de determinado imposto, estudantes de uma mesma escola e contratantes de seguro com um mesmo tipo de seguro.<sup>366</sup> Nota-se que são os mesmos exemplos apresentados pelos autores do anteprojeto.

Também apresenta os mesmos exemplos Luís Roberto Barroso, acrescentando aos casos de direitos coletivos os condôminos de um edifício de apartamentos prejudicados por decisão irrazoável da prefeitura.<sup>367</sup>

Já Hugo Nigro Mazzilli afirma que os interesses difusos podem ser tão abrangentes a ponto de se igualarem ao interesse público, coincidindo com o interesse geral da coletividade (proteção ao meio ambiente); podem corresponder a um grupo disperso, não se confundindo com o interesse público (consumidores de um produto); podem estar em conflito com os interesses da sociedade (trabalhadores da indústria de tabaco); podem estar em conflito com os interesses do Estado (contribuintes de um mesmo tributo); ou ainda atinentes a um grupo que mantém o conflito entre si (beneficiados pelos aeroportos urbanos v. prejudicados pela poluição sonora). Já os interesses coletivos são exemplificados com o grupo prejudicado por cláusula abusiva incluída em contrato de adesão.<sup>368</sup>

Antonio Gidi traz os mesmos exemplos já citados de direitos difusos (proteção ao meio ambiente e violação via veiculação de publicidade enganosa), mas faz uma distinção particular em relação aos direitos coletivos. Eles podem ser verdadeiramente indivisíveis, como no caso da discussão da qualidade do ensino de determinada escola; mas podem ser divisíveis em direitos individuais, como no caso de um banco, uma empresa de cartões de crédito ou uma escola cobram taxas ilegais de seus clientes, ou no caso de um plano de saúde que recusa o tratamento de determinada enfermidade.

---

<sup>366</sup> DIDIER JR.; ZANETI JR., **Curso de Direito Processual Civil**, p. 74–75.

<sup>367</sup> BARROSO, A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana, p. 134–135.

<sup>368</sup> MAZZILLI, **A defesa dos interesses difusos em juízo**, p. 53–55.

Nesses últimos exemplos, a indivisibilidade decorre da necessidade de tratamento uniforme dos casos e da autorização legal de tutelá-los coletivamente.<sup>369</sup>

Pedro Dinamarco atenta que alguns dos casos mencionados pelos dois últimos autores não envolvem direitos coletivos,<sup>370</sup> pois tais direitos não seriam indivisíveis. Sendo a indivisibilidade característica essencial desses direitos, estabelecida em lei, eles seriam, na verdade, direitos individuais homogêneos. Assim, a discussão acerca da cláusula abusiva em contrato de adesão, de aumento ilegal de prestações em caso de consórcio, e das taxas ilegais cobradas por banco, empresa de cartão de crédito ou banco envolveriam apenas direitos individuais homogêneos.<sup>371</sup> A distinção entre difusos e coletivos estaria centrada apenas na determinabilidade do grupo de titulares, e cita como exemplos de grupos determináveis os associados de uma associação e os sócios de uma mesma sociedade. Os exemplos de direitos difusos são os mesmos dos autores do anteprojeto.<sup>372</sup>

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes também afirma que os direitos tidos como coletivos por muitos autores envolvem, na verdade, interesses divisíveis, sendo, portanto, direitos individuais homogêneos. Ele não dá exemplos de direitos coletivos ou difusos, mas afirma que os difusos devem ser estabelecidos por exclusão – quando não forem coletivos em sentido estrito, serão difusos. O foco da análise deve estar na determinação do grupo e na existência da relação jurídica base. Por fim, afirma que a indeterminabilidade dos titulares de interesses difusos não precisa ser absoluta; e que os moradores de uma pequena cidade podem ser considerados um grupo indeterminado.<sup>373</sup> Não fica exatamente claro, assim, o que seria um grupo determinado ou determinável de pessoas.<sup>374</sup>

---

<sup>369</sup> GIDI, *Class Actions in Brazil*, p. 354–357.

<sup>370</sup> Menciona expressamente a obra de Mazzilli.

<sup>371</sup> DINAMARCO, Pedro, **Ação civil pública**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57.

<sup>372</sup> *Ibid.*, p. 52–56.

<sup>373</sup> MENDES, **Ações coletivas no direito comparado e nacional**, p. 218–219 e 224.

<sup>374</sup> Existem ainda autores que usam pouquíssimos exemplos e concentram-se em estabelecer mais distinções em abstrato (como, por exemplo, a disponibilidade dos interesses). MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 95–97.

Os autores do anteprojeto procuram esclarecer a questão, afirmando que a distinção entre as três categorias – não só os direitos coletivos *lato sensu* – depende da fixação do objeto litigioso do processo, determinada pelo pedido e pela causa de pedir. Assim, as taxas ou reajustes ilegais cobrados por bancos, empresas de cartões de crédito, escolas e administradoras de consórcios seriam direitos coletivos (porque determináveis os grupos de titulares) se o pedido refere-se a cessação da cobrança das taxas ou a declaração da ilegalidade do reajuste, que beneficiarão todos os membros do grupo indistintamente. Entretanto, se o pedido envolve o ressarcimento dos valores pagos indevidamente, trata-se de direitos individuais homogêneos.<sup>375</sup>

Há uma discussão doutrinária a esse respeito. Existe o ponto de vista dos autores do anteprojeto, afirmando que a distinção depende da fixação do objeto litigioso, ou seja, de *questões processuais*. Outros autores afirmam que a diferenciação depende do direito violado ou afirmado (sendo, portanto, uma questão de direito material), pois de um mesmo fato podem nascer pretensões distintas.<sup>376</sup> Ainda há os que defendem uma concepção mista: para eles, no caso da publicidade enganosa, o pedido para retirá-la de circulação indica tutela ao direito difuso, enquanto o pedido de condenação genérica indica tutela a direitos individuais homogêneos, sem ser necessário fazer referência aos danos causados.<sup>377</sup> Essa concepção mista parece demasiado semelhante à concepção “processual” anteriormente mencionada, já que também depende do pedido veiculado.

Essa discussão também evidencia o despropósito da distinção. Por um lado, *se ela depende exclusivamente de questões processuais, não há porque fixar uma definição de direito material*. O conceito deveria referir-se, então, aos aspectos processuais relatados pelos autores que adotam essa posição (referentes ao pedido e à causa de pedir). Por outro lado, se a distinção é realmente de direito material, o que

---

<sup>375</sup> GRINOVER *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 826+832.

<sup>376</sup> Gidi afirma que o direito subjetivo material existe dogmaticamente e que é possível e recomendável analisá-lo independentemente do direito processual. Discorda-se, pois as categorias estão demasiadamente vinculadas ao direito processual. GIDI, Antonio, **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 19–21.

<sup>377</sup> DIDIER JR.; ZANETI JR., **Curso de Direito Processual Civil**, p. 84–86.

distingue os casos mencionados por Antonio Gidi dos direitos individuais homogêneos? O autor afirma que direitos coletivos podem ser indivisíveis ou divisíveis, e esses últimos confundem-se marcadamente com os direitos individuais homogêneos (casos envolvendo um banco, uma empresa de cartões de crédito ou uma escola que cobram taxas ilegais de seus clientes). Segundo ele, a indivisibilidade viria da necessidade de tratamento homogêneo a essas demandas. Note-se que o critério também é, ao fim e ao cabo, processual.

Tanto nos últimos casos mencionados por Gidi como na solução apontada pelos autores do anteprojeto, pode-se questionar a suposta indivisibilidade dos direitos veiculados. Não pode o cliente de um banco que sofreu a cobrança de taxas abusivas pleitear a declaração de sua ilegalidade e o seu ressarcimento de forma individual? Certamente há uma diferença entre a tutela individual e coletiva nesse caso (não é isso que se deseja sustentar): a ação individual só alcança o contrato do autor, enquanto a ação coletiva pode declarar a ilegalidade da taxa em todos os contratos análogos celebrados pelo banco. Mas ainda assim o direito é divisível. O que é distinto, nesse caso, é a extensão dos efeitos da tutela obtida – a não ser que se queira definir o direito coletivo como direito a uma declaração “coletiva” de ilegalidade da cláusula, hipótese que parece confundir totalmente os conceitos de pretensão, direito e tutela.<sup>378</sup>

O resultado da ação individual que declara a ilegalidade da cláusula deveria causar estranhamento – afinal, ela não é ilegal apenas para aquele contratante,<sup>379</sup> e a decisão do caso não proporcionará tratamento isonômico a todos os lesados. Mas isso é consequência do próprio sistema processual civil, que não permite que o juiz declare a ilegalidade da cláusula para todos os contratos se a ação é individual.

Além disso, mesmo os exemplos de direitos coletivos citados pelos autores que criticam a caracterização de direitos individuais homogêneos como coletivos podem se revelar igualmente divisíveis. Só a Ordem dos Advogados do Brasil pode

---

<sup>378</sup> Outro exemplo da confusão entre as categorias de direitos de grupo pode ser encontrado no art. 333 do NCPC, que foi vetado pela Presidente e previa a coletivização das ações individuais. A coletivização e a confusão mencionada são abordadas no capítulo 5.

<sup>379</sup> Uma cláusula contratual pode sim ser ilegal apenas para um contratante. Entretanto, os exemplos utilizados, que são considerados casos de violações de direitos coletivos, envolvem contratos de adesão e violação em massa de direitos.

ajuizar ações contra violações de direitos de advogados? Não é possível que um advogado ajuíze uma ação individual para obter tutela jurisdicional?

Seriam mesmo os direitos coletivos em sentido estrito indivisíveis? Nos exemplos mencionados pelos autores, parece que não. Nesses casos, é possível que um dos membros do grupo proponha uma ação individual pleiteando exatamente (ou mais) o que seria pleiteado na ação coletiva, mas os demais membros da classe, grupo ou categoria não seriam beneficiados pela tutela obtida. Isso parece ser distinto no caso dos direitos que realmente parecem ser indivisíveis, porém. Não é possível pleitear por uma parcela de meio ambiente sadio, por exemplo.

Tratando dos *direitos individuais homogêneos*, a lei apenas afirma que eles possuem “origem comum”. A doutrina diverge a respeito da natureza desses direitos, conforme já mencionado no primeiro capítulo. Parte dos autores afirma que eles são outra categoria de direito material, distinta dos direitos individuais; enquanto outros afirmam tratar-se de direitos individuais tutelados coletivamente.

Uma das posições (adotada por Alcides Munhoz da Cunha) que percebe os direitos individuais homogêneos como categoria materialmente distinta os entende como um desdobramento dos direitos coletivos e difusos na esfera individual dos sujeitos. São interesses metaindividuais porque são interesses coordenados e justapostos, voltados a um mesmo bem; que só serão divididos no momento da execução. Eles seriam, portanto, o direito à indenização decorrente da violação de direitos coletivos *lato sensu*.<sup>380</sup> Uma variação dessa posição é defendida por Eduardo Talamini, que entende que há sempre um direito difuso subjacente aos direitos individuais homogêneos, uma dimensão transindividual titularizada por uma coletividade indeterminável e que exige o tratamento uniforme dos casos.<sup>381</sup>

Outra posição afirma que os direitos individuais homogêneos são coletivizados pelo ordenamento para a garantia da tutela integral, sendo, portanto,

---

<sup>380</sup> DA CUNHA, A evolução das ações coletivas no Brasil. Esse entendimento foi adotado pelo STF no RE 163.231/SP.

<sup>381</sup> TALAMINI, Eduardo, Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015, **Revista de Processo**, v. 241, p. 337–358, 2015.



materialmente distintos dos direitos individuais. São direitos coletivos porque mesmo se os indivíduos não se apresentarem no processo haverá tutela de seus direitos.<sup>382</sup>

Fica claro que os adeptos das duas posições descritas acima estão preocupados em conferir *status* diferenciado aos direitos individuais homogêneos, evitando que sejam tratados como simples direitos subjetivos. Desejam enfatizar a tutela coletiva desses direitos, reforçando a necessidade de receberem tratamento isonômico perante o Judiciário.<sup>383</sup>

A posição majoritária, entretanto, afirma que os direitos individuais homogêneos são materialmente individuais, apenas tutelados coletivamente. Em relação aos direitos coletivos e difusos, há tutela de direitos coletivos; mas em relação aos individuais homogêneos há tutela coletiva de direitos. Eles seriam apenas direitos “acidentalmente” coletivos, materialmente indistintos dos direitos subjetivos, mas recebendo tratamento processual distinto.<sup>384</sup>

Entende-se que o fato de esses direitos poderem ser objeto de ações individuais, em que pese a necessidade de receberem tratamento isonômico, qualifica-os como individuais. As tentativas de fixá-los como nova categoria de direito material na verdade estão fundamentadas em preocupações processuais (justamente no seu tratamento isonômico perante o Judiciário). As questões processuais envolvendo esses direitos são tão relevantes quanto sua natureza material, e não é preciso fundamentar a superioridade de seu tratamento coletivo no plano do direito material. Os direitos individuais homogêneos, na verdade, “não existem” como categoria independente: são apenas direitos individuais sobre os quais o ordenamento aplica uma técnica de coletivização.<sup>385</sup>

---

<sup>382</sup> DIDIER JR.; ZANETI JR., **Curso de Direito Processual Civil**, p. 81.

<sup>383</sup> ARENHART, **A tutela coletiva de interesses individuais**, p. 133.

<sup>384</sup> *Ibid.*, p. 134; VENTURI, **Processo civil coletivo**, p. 62; MENDES, **Ações coletivas no direito comparado e nacional**, p. 225–227; ALMEIDA, Gregório Assagra de, **Manual das ações constitucionais**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 51; ZAVASCKI, Teori Albino, **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 54 e ss.

<sup>385</sup> OSNA, Gustavo, **Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil**, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p. 83.

Em todo caso, a superioridade da tutela coletiva desses direitos, e também a sua caracterização como categoria materialmente distinta (para aqueles que defendem essa posição), ficam comprometidas pelas disposições do CDC que colocam a tutela individual em primeiro lugar. Isso é revelado pelas regras que disciplinam a coisa julgada, pela possibilidade dos indivíduos proporem ações individuais independentes da ação coletiva e pelo regime de condenação genérica e execução individual – todos já mencionados no primeiro capítulo e que colocam em xeque a natureza verdadeiramente coletiva da *tutela* dos direitos individuais homogêneos.

O regime da coisa julgada em ações que versam sobre direitos individuais homogêneos, para boa parte da doutrina, determina que só há formação de coisa julgada em caso de sentença de procedência (coisa julgada *secundum eventum litis*).<sup>386</sup> No primeiro capítulo, já se defendeu que, em caso de improcedência, apenas aqueles que não participaram do processo poderão propor ações individuais, e a via coletiva restará impossibilitada. Mesmo assim, a possibilidade de propositura das ações individuais, assim como a autorização para que indivíduos sigam com suas ações individuais na pendência da ação coletiva, coloca a tutela individual em patamar superior à tutela coletiva. Além disso, o sistema autoriza o tratamento não isonômico de demandas análogas: se a ação coletiva é improcedente, as ações individuais podem ser procedentes; ou ainda, a ação individual pode prosseguir independentemente da coletiva.

Essa superioridade é reforçada pelo regime de condenação genérica e execuções individuais. Ao exigir que o indivíduo ajuíze uma ação individual, o sistema averigua “a vontade do interessado em sujeitar-se aos efeitos da sentença coletiva. Caso ele não tenha interesse em beneficiar-se de tais efeitos, bastaria não promover a execução individual da sentença genérica.”<sup>387</sup>

Esse regime está descrito no art. 91 do CDC. Os autores do anteprojeto esclarecem que a condenação genérica, seguida pelas diversas execuções, diz respeito

---

<sup>386</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo, *in*: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Orgs.), **Processo Civil Coletivo**, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 326–332.

<sup>387</sup> ARENHART, **A tutela coletiva de interesses individuais**, p. 286.

à tutela condenatória referente a direitos individuais homogêneos dos consumidores. Essa seria a chamada “ação civil coletiva”. Mas isso não significa, para tais autores, que os direitos individuais homogêneos dos consumidores não possam ser tutelados via sentença declaratória ou constitutiva, ou ainda que a tutela específica seria impossível.<sup>388</sup> Entretanto, há quem afirme que a violação em massa de direitos dos consumidores só pode ser tutelada coletivamente via condenação genérica.<sup>389</sup> Essa posição configura limitação injustificada à tutela coletiva; afinal, o texto legal não indica que essa seria a única forma de tutela dos direitos individuais homogêneos. Mais uma vez a tutela individual é colocada em patamar superior, pois tais restrições não existem para ela.

Em todo caso, esse regime é criticável. Por um lado, ninguém pode optar por manter-se imune aos efeitos de uma decisão judicial. Os efeitos da sentença (em ações individuais ou coletivas), que não se confundem com a coisa julgada, podem afetar terceiros que não participaram do processo, e a eles não é dada a possibilidade de se opor a tais efeitos.<sup>390</sup> Por outro lado, a exigência de propositura de diversas execuções individuais faz com que essa ação coletiva não seja exatamente coletiva – ou, ao menos, que não seja integralmente coletiva (conforme o capítulo 1).

As regras que disciplinam a coisa julgada, a possibilidade dos indivíduos proporem ações individuais independentes da ação coletiva e o regime de condenação genérica e execução individual, em consequência de desfavorecerem a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, também minimizam os benefícios que seriam gerados ao Judiciário em virtude do processo coletivo.

Os objetivos da criação da categoria – seja ela de direito material ou de direito processual (garantindo apenas a proteção coletiva de direitos individuais) – e sua inserção no texto legal ficam obscuros perante tantas incertezas. Se os autores do anteprojeto entendiam mesmo que a presença de cada um dos indivíduos perante o

---

<sup>388</sup> GRINOVER *et al.*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 888.

<sup>389</sup> ALMEIDA, **Manual das ações constitucionais**, p. 66.

<sup>390</sup> Cf. o clássico LIEBMAN, Enrico Tulio, **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Judiciário era mesmo necessária, exigindo a propositura de execução individual, por que criar a possibilidade de tutela coletiva? Nota-se que *tampouco existe preocupação com o tratamento isonômico dessas demandas*, pois o CDC autoriza o seu tratamento diferenciado (como já se viu). Em meio a um regime confuso e contraditório, os direitos individuais homogêneos parecem ter sido criados apenas para confundir.

Uma possível salvação para a categoria estaria justamente na valorização da tutela coletiva. Sérgio Cruz Arenhart analisa a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos a partir do prisma da proporcionalidade na sua dimensão pan-processual, ou seja, na relação entre processos ou dos processos tomados em conjunto. A partir dos trabalhos de Remo Caponi<sup>391</sup> e da constatação de que a jurisdição assume feições de serviço público (o serviço justiça) no mundo contemporâneo, defende que o processo civil não pode deixar de avaliar a qualidade da prestação desse serviço e de trabalhar para que as respostas às demandas da sociedade civil sejam as mais adequadas e eficientes possíveis.<sup>392</sup> Nessa perspectiva, a tutela coletiva é superior à individual. Afinal, ela propicia que o Judiciário não desperdice seus recursos julgando inúmeras vezes a mesma espécie de litígio e dá (ou ao menos deveria dar<sup>393</sup>) aos cidadãos uma resposta mais ágil a conflitos de massa. Além disso, garante que o tratamento dado a esses casos seja isonômico.

Na perspectiva desse trabalho, a tutela coletiva também dá o melhor tratamento aos litigantes habituais, que ocupam o Poder Judiciário de maneira desproporcional, apropriando-se dos recursos que deveriam ser utilizados de maneira razoavelmente igualitária por toda a população. O número excessivo de demandas envolvendo esses litigantes prejudica a qualidade geral do serviço justiça. Como o

---

<sup>391</sup> A aplicação do princípio deve se dar em três planos: no plano legislativo, as leis devem ser orientadas a fornecer respostas adequadas às demandas da sociedade; no plano estrutural, é preciso verificar a suficiência de recursos humanos e materiais para a prestação do serviço justiça; e, por fim, no plano cultural, que enfatiza o papel da própria sociedade e dos fatores culturais (lealdade, boa-fé, educação cívica e conhecimento dos seus direitos), centrado especialmente no comportamento dos juristas ao desenvolver suas atividades perante o Judiciário e aos demais cidadãos. CAPONI, O princípio da proporcionalidade na justiça civil.

<sup>392</sup> ARENHART, **A tutela coletiva de interesses individuais**, p. 31–37 e 144–145.

<sup>393</sup> Entende-se que a tutela coletiva tem potencial para fornecer uma resposta mais eficiente.

principal litigante habitual do país é o Estado,<sup>394</sup> fica ainda mais evidente a superioridade da tutela coletiva frente a individual em muitos dos casos em que o poder público está envolvido.

Por tudo isso, a análise das três categorias criadas por lei evidencia seus problemas “internos”: são gerados pelo próprio texto da lei e pelas contradições do regime jurídico ao qual essas categorias foram submetidas. Não é possível precisar o significado e a utilidade de cada uma delas (por que três? Por que essas três?) a partir de suas definições. Aparentemente, todas as preocupações que nortearam seus criadores eram de natureza “pragmática” (a necessidade de garantir que elas não fossem ignoradas por juristas tradicionalistas) ou *processual*, que não justificam a criação de novos direitos *materiais*, especialmente se ela se dá no texto da lei. E esses são só os problemas “internos”, perceptíveis no estudo das categorias em estado de repouso – fora de casos concretos. Eles são, de certa forma, responsáveis pelos problemas “externos” que surgem no momento de aplicação das categorias, tema abordado a seguir.

#### **4.4. Categorias em movimento: definições que se convertem em restrições**

Já se viu que as definições adotadas pela legislação sofrem de alguns problemas “internos”, que se revelam independentemente de como elas são aplicadas pelas cortes. A análise desses problemas demonstra principalmente que necessidades processuais foram traduzidas em distinções de direito material; distinções essas que não se sustentam por si só. As categorias de direito material adotadas não fazem sentido algum sozinhas e precisam ser remetidas ao direito processual para parecerem coerentes.

Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos foram conceituados no Código de Defesa do Consumidor para garantir a eficácia de sua tutela: para garantir que os preconceitos dos julgadores, vinculados à ideia de direito subjetivo, não

---

<sup>394</sup> Cf. o terceiro capítulo.

inviabilizassem os processos coletivos. Buscou-se afirmar a existência desses direitos a partir da definição de suas características.

Infelizmente, as boas intenções não trouxeram os resultados esperados. As categorias, ao invés de proteger a tutela coletiva, limitaram-na. O apego às características que deveriam apenas servir para “materializar” a existência desses novos direitos se traduziu em restrições ao processo coletivo – em razões puramente formais para negar a proteção jurisdicional e reduzir a aplicação dos instrumentos processuais já existentes. As categorias, ao serem colocadas em movimento, revelam mais problemas.

Logo no início da vigência do Código de Defesa do Consumidor, instalaram-se discussões acerca dos direitos que poderiam ser entendidos como coletivos. Em 1993, uma ação civil pública ajuizada por uma associação (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) buscou a invalidade de reajustes de mensalidades de planos de assistência médica. O Tribunal de Justiça de São Paulo extinguiu o processo sem julgamento de mérito por entender que o caso não versava sobre direitos coletivos (Ap. Civ. 205.533-1/10).<sup>395</sup> Em sede de recurso especial (REsp 72.994-SP), o relator e o primeiro ministro a votar entenderam pelo não conhecimento do recurso,<sup>396</sup> pois o direito em questão era claramente divisível. Cada um dos contratantes do plano poderia, individualmente, contestar o reajuste. Esse é um ponto frágil da definição de direitos coletivos, como já mencionado anteriormente. Os votos dos três ministros seguintes alteraram o rumo do julgamento, já que esses acolheram a posição dos autores do anteprojeto: como o pedido da ação beneficiava indistintamente um grupo determinado de pessoas, o direito a ser tutelado era coletivo. O recurso especial foi conhecido e provido e os autos foram retornados à origem para o prosseguimento da ação civil pública. O entendimento do caso se tornaria jurisprudência consolidada no

---

<sup>395</sup> O caso é mencionado pelos autores do anteprojeto. Cf. GRINOVER *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 832.

<sup>396</sup> Por mais estranho que possa parecer, o Tribunal de Justiça havia entendido pela extinção do processo sem julgamento do mérito e alguns ministros do STJ, pelo não conhecimento do recurso. Isso porque a ação foi proposta antes da vigência do CDC, portanto não existia previsão de tutela de direitos individuais homogêneos em texto de lei e a ACP não deveria ser admitida. Majoritariamente entendeu-se que as regras envolvidas eram de natureza processual e o CDC seria, portanto, imediatamente aplicável. Os direitos foram tutelados como se fossem coletivos.

STJ, esclarecendo a situação e permitindo o uso da via coletiva em casos análogos. O caso serve para exemplificar que desde o início as definições causaram problemas devido à incerteza no momento de aplicação.

Uma das primeiras controvérsias instauradas na doutrina dizia respeito ao uso do mandado de segurança coletivo. A Constituição, no art. 5º, LXX, prevê o mandado de segurança coletivo e estabelece os legitimados para propô-lo, sem fazer qualquer menção aos direitos tuteláveis. Mesmo assim, após a categorização dos direitos no CDC, instaurou-se controvérsia na doutrina (refletida na jurisprudência) sobre o tema. Sustentou-se que seria cabível apenas para a tutela de direitos coletivos; apenas para a tutela de direitos individuais homogêneos e coletivos, não para difusos; apenas para direitos individuais homogêneos; e para direitos coletivos e difusos, mas não para individuais homogêneos – cobrindo, portanto, grande parte das combinações possíveis.<sup>397</sup> Acertadamente, também se sustentou que ele seria cabível para a tutela das três categorias;<sup>398</sup> afinal, não há porque limitar o espectro de atuação de um instrumento processual que controla violação de direitos. Uma nova lei disciplinando o mandado de segurança,<sup>399</sup> entretanto, foi promulgada em 2009 e previu expressamente apenas a tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos, excluindo os difusos (art. 21, p. único). A nova lei reanimou os debates sobre direitos tuteláveis via mandado de segurança e vários doutrinadores seguem afirmando que as três categorias são tuteláveis.<sup>400</sup> Esse caso demonstra que o apego às categorias se refletiu em leis posteriores ao CDC, trazendo ainda mais rigidez à sua aplicação e prejudicando a tutela dos direitos.

Em relação aos direitos individuais homogêneos, os tribunais têm dificuldade em determinar quais casos podem ou não receber tutela coletiva fora dos casos expressamente previstos em lei (como os interesses do consumidor, da criança, do

---

<sup>397</sup> Para uma descrição do debate, cf. GIDI, **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**, p. 79–80.

<sup>398</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, **Novas linhas do processo civil**, 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 65; GIDI, **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**, p. 79.

<sup>399</sup> Lei n. 12.016/2009.

<sup>400</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 835.

adolescente, do idoso). Para uma mesma questão é possível encontrar decisões que autorizam a proteção coletiva e outras que a negam. Sérgio Cruz Arenhart cita como exemplos discussões que envolvem aquisição imobiliária, cobrança ilegal ou inconstitucional de taxas públicas ou seguro DPVAT.<sup>401</sup>

Casos versando sobre o seguro DPVAT podem envolver ainda a questão da legitimidade para propor as ações coletivas. Essas discussões também estão relacionadas às categorias de direitos: debate-se acerca da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos. Trata-se, portanto, de uma discussão de legitimidade vinculada especificamente a uma categoria de direitos. Há quem negue totalmente essa legitimidade, pois são direitos individuais, que não são abarcados pelas funções institucionais do Ministério Público e há quem defenda a posição contrária. Entre os dois extremos, há os que somente autorizam a atuação do MP junto a direitos individuais homogêneos indisponíveis e direitos do consumidor – demais direitos disponíveis estariam fora de sua esfera de atuação. Essa posição parece ser a que prevalece nos tribunais superiores. Por último, há quem autorize essa atuação desde que exista repercussão ou relevância social.<sup>402</sup>

Ainda sobre o DPVAT, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu na súmula 470 que o Ministério Público não tem legitimidade para pleitear indenização decorrente desse seguro. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, no final de 2014 publicou a decisão do RE 631.111/GO, em que afirmou a legitimidade do Ministério Público nesses casos. Como as ações de indenização decorrente de DPVAT envolvem certamente direitos disponíveis, seria possível pensar que a questão estaria resolvida (em favor da legitimidade do MP para a propositura dessas ações). Mas o acórdão do STF não estabelece nenhuma posição firme e clara:

... há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses

---

<sup>401</sup> ARENHART, **A tutela coletiva de interesses individuais**, p. 66–67.

<sup>402</sup> ALMEIDA, **Manual das ações constitucionais**, p. 138; GRINOVER *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 836–837.



puramente particulares, passando a *representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade*.<sup>403</sup> [grifou-se]

A decisão, na verdade, não esclarece nada. Ao contrário, parece deixar as coisas ainda mais confusas ao afirmar que alguns casos de direitos individuais homogêneos transcendem os interesses dos indivíduos e se tornam interesses comunitários – coletivos, portanto? Enfim, somente no segundo caso, aparentemente, o Ministério Público possui legitimidade para atuar. Vinte e cinco anos depois do CDC, a confusão em relação às três categorias parece avançar ainda mais, com a criação de subcategorias jurisprudenciais.

Ao mesmo tempo, a súmula 643 do STF afirma que o MP é parte legítima para combater a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares; o que envolve direitos claramente disponíveis, mas considerados como coletivos pelo Supremo (autorizando a atuação do MP). Aparentemente, os casos de seguro DPVAT não envolvem direitos coletivos para o STF, e sim algo que se parece com uma quarta categoria de direitos – individuais homogêneos disponíveis de interesse comunitário?

Não é só nesse caso que a legitimidade relacionada a uma categoria de direitos pode causar problemas. A Defensoria Pública também possui legitimidade para propor ações coletivas, mas os tribunais superiores entendem essa legitimidade de acordo com as funções da Defensoria. Sua finalidade específica de “defesa dos necessitados” (como prevê o art. 134 da Constituição) limita sua possibilidade de atuação em referência a certas categorias de direitos. No REsp 1.192.577/RS, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a Defensoria tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas na defesa dos direitos das três categorias. Em relação aos direitos difusos, a legitimidade é ampla e beneficiará a todos (já que o interesse difuso pertence a uma coletividade indeterminada), desde que beneficie os necessitados. Entretanto, no que diz respeito a direitos individuais homogêneos e direitos coletivos, a legitimação é restrita ao grupo de pessoas necessitadas. Não importa, portanto, o direito coletivo materialmente considerado. Não interessa se o direito individual homogêneo ou coletivo pertence a um grupo enorme de pessoas, dentre as quais estão as “pessoas

---

<sup>403</sup> Da ementa do RE 631.111/GO.

necessitadas”: se a ação foi proposta pela Defensoria, somente serão beneficiados os seus possíveis “clientes”. Para os direitos individuais homogêneos, esse entendimento exige a propositura de várias ações coletivas (pelo menos duas), quando uma seria suficiente; e autoriza, ao menos potencialmente, que a mesma questão receba tratamento distinto. O tratamento isonômico propiciado pela tutela coletiva é descartado. A situação, entretanto, é ainda mais grave para os direitos coletivos. Se esses direitos são indivisíveis, como pode a ação beneficiar apenas uma parcela do grande grupo?

O REsp 1.192.577 versa sobre reajustes de planos de saúde. É um caso que pode ser comparado ao do reajuste das mensalidades escolares, visto como direito coletivo e, portanto, indivisível pelos tribunais superiores. Essa indivisibilidade já foi questionada anteriormente (pois cada responsável por aluno pode discutir o reajuste individualmente). No caso do plano de saúde, o STJ parece considerar o direito como coletivo, porém divisível.

Uma outra questão envolvendo legitimidade foi sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 573.232/SC, determinando que associações dependem de autorizações expressas de seus associados para ingressarem com ações visando a tutela de direitos individuais homogêneos.<sup>404</sup> Note-se que, mais uma vez, a questão da legitimidade está vinculada a uma categoria de direitos. Isso pode acarretar efeitos absurdos em casos concretos.

Suponha-se que, em um caso de publicidade enganosa, uma associação de proteção aos consumidores propõe uma ação civil pública para a tutela dos direitos difusos violados (lembre-se que se trata de um caso considerado unanimemente como de direito difuso) e também para a tutela dos direitos individuais homogêneos atingidos, com a intenção de indenizar os consumidores que sofreram danos. Ela não possui autorização expressa e específica. A aplicação do entendimento do Supremo faz

---

<sup>404</sup> Entendeu a maioria dos Ministros que se trata de hipótese de representação processual, e não de substituição. O caso, na verdade, traz um problema gravíssimo. O processo coletivo pressupõe justamente uma substituição processual (se é necessário encaixar em uma categoria do processo individual, é caso de substituição), pois ele possibilita – ou deveria possibilitar – que muitos indivíduos se beneficiem da tutela jurisdicional sem precisar participar do processo. Se é preciso autorização expressa e específica para que as associações possam atuar em prol dos seus associados, o que diferencia essa figura do litisconsórcio?

com que a associação tenha legitimidade para atuar na proteção de direitos que pertencem a indivíduos que não fazem parte do seu quadro de membros,<sup>405</sup> mas que ela não possa atuar em busca da tutela dos direitos de seus próprios associados. Além disso, as violações das diversas categorias de direitos poderiam ser discutidas num mesmo processo, mas serão discutidas em processos distintos.

As categorias já possuíam problemas inerentes às suas próprias definições. Uma vez confrontadas com casos concretos, esses problemas se agravam ainda mais e/ou geram novas consequências negativas. Nota-se, assim, que as definições estabelecidas em lei não sobrevivem à dinâmica dos casos concretos.

#### **4.5. Dobrando as categorias: a flexibilização como aposta**

##### *a) Nem indivíduo, nem sociedade*

As diversas dificuldades relacionadas à definição e aplicação das categorias de direitos coletivos dizem respeito, em parte, à adoção de conceitos em texto de lei. De outra parte, entretanto, essas dificuldades derivam da complexa relação entre o individual e o coletivo.

É certo que grande parte do sistema jurídico de países de *civil law* foi construída em torno do conceito de direito subjetivo e que a superação de dogmas referentes a essa tradição é dificultosa. Mas o problema vai além dos sistemas de *civil law*, já que países de *common law* tampouco conseguem desconstruir as bases individualistas da noção de direitos (*rights*); e na verdade vai além do próprio mundo jurídico – do direito, da ciência do direito, da prática jurídica. A relação entre o individual e o coletivo é complexa em todas as áreas do conhecimento e em todas as esferas de convivência humana nas sociedades ocidentais contemporâneas.

A relação entre o indivíduo e sua organização coletiva – a sociedade – é corriqueiramente descrita a partir de duas perspectivas opostas. Em uma, não existe sociedade nem coletividade. Existem apenas indivíduos. Já na outra, a sociedade é

---

<sup>405</sup> Já que não é preciso autorização para que a associação atue na proteção de interesses difusos. Cf. REsp 1.181.066/RS.

vista como uma entidade orgânica supraindividual, independente dos indivíduos, analisável a partir de modelos conceituais extraídos das ciências naturais. O primeiro ponto de vista não consegue explicar a relação entre atos e objetivos individuais e as formações sociais coletivas; e o segundo não consegue vincular o coletivo aos atos dos indivíduos.<sup>406</sup>

Faltam modelos conceituais para explicar a complexidade dessa relação. As ideias são frequentemente agrupadas em torno das visões extremistas descritas acima: ou se apresenta a sociedade como meio e o indivíduo como fim; ou a sociedade é vista como o “objetivo mais alto”, sendo os indivíduos meros meios.<sup>407</sup>

No mundo jurídico a primeira perspectiva parece preponderar. Em relação à tutela coletiva e à tutela individual, conforme exposto, a tutela individual prevalece claramente. O interesse dos indivíduos aparece como prioritário frente à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, independentemente das vantagens da proteção coletiva. E não é preciso instrumentalizar o indivíduo, estabelecê-lo como meio para a sociedade, para estabelecer as vantagens dos processos coletivos frente aos individuais.

Norbert Elias esclarece que a relação finalística indivíduo-sociedade é desprovida de sentido, pois nenhum existe sem o outro. “Antes de mais nada, na verdade, eles simplesmente existem – o indivíduo na companhia de outros, a sociedade como uma sociedade de indivíduos.” Além disso, “essa existência não-finalista dos indivíduos em sociedade é o material, o tecido básico em que as pessoas entremeiam as imagens variáveis de seus objetivos”.<sup>408</sup>

A sociedade, o grupo coletivo, não tem uma existência material palpável. Entretanto, nesse coletivo de indivíduos com liberdade individual de movimento, com propósitos próprios, há uma ordem oculta: cada pessoa faz parte de um determinado lugar, tem um trabalho, uma função, um papel para com os outros, um passado,

---

<sup>406</sup> ELIAS, Norbert, **A sociedade dos indivíduos**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 13–15 e 19.

<sup>407</sup> *Ibid.*, p. 16–18.

<sup>408</sup> *Ibid.*, p. 18.

antepassados e descendentes.<sup>409</sup> Não é possível desprezar todos esses papéis e abrir mão de todos eles simultaneamente. A liberdade de escolha de cada um desses indivíduos é, geralmente, bastante limitada por esses aspectos. Esse arcabouço de funções interdependentes conferem a uma sociedade seu caráter específico, mesmo não existindo de forma independente dos indivíduos.

Para compreender a relação entre o individual e o coletivo, é preciso deixar de pensar em termos de unidades isoladas para pensar em relações e funções. A melhor metáfora para explicar tal relação é a de um grupo de dançarinos de quadrilha: os gestos e as medidas de cada um são sincronizados e combinados com os dos demais. A maneira com que cada dançarino se comporta depende das relações entre todos os dançarinos.<sup>410</sup>

A individualidade, tão cara aos seres humanos, é gerada a partir de um processo de individualização,<sup>411</sup> em que pessoas mudam umas às outras. Nessa relação mútua, as pessoas estão continuamente se moldando e remoldando em relação às demais. Assim, cada uma delas e a administração da sua vida em comum compõem um “continuum sócio-histórico”.<sup>412</sup>

Toda essa reflexão é extremamente importante para a avaliação do que significam direitos metaindividuais ou direitos de grupo em um ordenamento marcadamente individualista. Qualquer tentativa de conectá-los às categorias, classificações e institutos processuais individuais (como visto no primeiro capítulo) está fadada ao fracasso. Por sua complexidade e fluidez, as relações que existem entre os indivíduos rejeitam a compartimentação e individuação provenientes de uma tentativa de conceituação exaustiva. Os exemplos dos diversos processualistas acerca

---

<sup>409</sup> *Ibid.*, p. 20–21.

<sup>410</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>411</sup> Elias explica a autoimagem dos indivíduos a partir dessa perspectiva. A autoimagem solitária, de que o “verdadeiro eu” é o “eu interior”, e a solidão que advém dessa constatação, são expressão de uma conformação histórica do indivíduo por suas relações. O que se veicula através dessa imagem é a autoconsciência de pessoas que adotam um grau elevado de refreamento, controle afetivo, renúncia a instintos, em prol das funções que desempenham e das relações que desenvolvem. Essa autoconsciência corresponde à estrutura psicológica estabelecida em certos estágios do processo civilizador (“O processo civilizador” é a maior obra de Elias, considerada uma das mais importantes para a sociologia do século XX). *Ibid.*, p. 32.

<sup>412</sup> *Ibid.*, p. 28 e 43.

das categorias processuais criadas são contraditórios e pouco esclarecem justamente por esse motivo.

O individualismo metodológico que caracteriza todo o sistema processual e dá origem à posição privilegiada do processo individual em relação ao coletivo não consegue de maneira alguma abarcar essa complexidade,<sup>413</sup> porque desconsidera que a sociedade exerça qualquer influência sobre os indivíduos. Isso porque, nessa perspectiva, a sociedade sequer existe.

O foco exacerbado no individualismo faz com que o sistema não admita que o titular de um direito individual receba tutela de forma coletiva e que não possa insurgir-se contra ela. É ele que faz também com que o sistema admita desfechos distintos para casos praticamente idênticos: a perspectiva individualista preza pela autonomia do indivíduo sempre, mesmo que à custa de equidade. Em relação às ações contra o Estado, esse primado da autonomia parece ainda mais deslocado. Afinal, ela não existiu quando o indivíduo foi sujeitado a uma política pública, por exemplo, violadora de direitos. A situação não é, de maneira nenhuma, análoga à violação de um direito privado por um particular, em um conflito ao estilo *Caio v. Tício*.

A complexidade relatada por Norbert Elias explica, de certa forma, algumas das dificuldades encontradas pelo processo coletivo e deixa claro que é preciso abrir mão do individualismo metodológico, da supervalorização e superestimação da autonomia e dos dogmas do processo individual para superá-las.

#### *b) Reinterpretar categorias para tutelar direitos*

A rigidez e o formalismo em relação às diferentes categorias de direitos de grupo não são defendidas por ninguém. Os processualistas pedem por uma interpretação flexível dos conceitos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Elton Venturi critica o conceitualismo e afirma que a proteção jurisdicional independe da tipificação dos direitos.<sup>414</sup> Antonio Gidi acredita que o processo civil brasileiro é

---

<sup>413</sup> As categorias de direitos coletivos tampouco podem abarcar a complexidade da sociedade.

<sup>414</sup> VENTURI, **Processo civil coletivo**, p. 84–95.

sofisticado suficiente para não recair em formalismos inúteis,<sup>415</sup> portanto não haveria motivo para pensar as categorias de forma rígida.

Os autores do anteprojeto, apesar de aparentemente favoráveis à flexibilização, acabam insistindo na “integridade” das categorias criadas e criticam o fato de que as distinções conceituais não são “observadas na prática com a precisão desejável”. Citam diversos exemplos dessa má aplicação prática. O primeiro deles envolve uma ação coletiva proposta pelo Ministério Público visando a adequação de mensalidades escolares às normas de reajuste fixadas pelo Conselho Nacional de Educação. O tribunal entendeu que os interesses defendidos eram homogêneos por serem derivados de mesma origem e conclui pela legitimidade do proponente. Os autores criticam a postura do Judiciário, visto que o pedido se referia a um bem indivisível (embora não se entenda exatamente que bem é esse), e o caso claramente envolvia direitos coletivos.<sup>416</sup>

Em outro caso, também envolvendo uma ação proposta pelo Ministério Público, discutia-se a cobrança indevida de taxa de iluminação pública. O tribunal entendeu que os interesses individuais considerados em conjunto transcendiam a esfera individual e constituíam interesses da coletividade. Essa postura também é criticada, pois não se tratava de direitos individuais homogêneos, sendo descabida a menção a interesses individuais, e sim de direitos coletivos.<sup>417</sup>

Num terceiro caso, o tribunal entendeu que era difuso o interesse defendido pelo Ministério Público em ação contra o critério de reajuste da anuidade escolar. Criticou-se também esse exemplo, pois a determinabilidade dos titulares era evidente e os interesses eram coletivos.<sup>418</sup>

Em todos os casos mencionados, a tutela coletiva buscada foi concedida, mas as posturas das cortes foram criticadas por imprecisão conceitual. Ora, se a definição

---

<sup>415</sup> GIDI, **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**, p. 212–213.

<sup>416</sup> GRINOVER *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 831.

<sup>417</sup> *Ibid.*, p. 831–832.

<sup>418</sup> *Ibid.*, p. 832.

das categorias é um problema grave para processualistas, acadêmicos que dedicam seu tempo ao estudo do processo, parece razoável que os tribunais não alcancem a precisão esperada. Como se viu, não é nítida a distinção entre uma espécie e outra, e os autores têm dificuldade em estabelecer exemplos para cada uma delas. Não é de se espantar que a aplicação seja marcada pela imprecisão no uso dos conceitos estabelecidos.

Se a finalidade da criação dessas categorias era, como mencionado, vencer as ideias preconcebidas dos juristas, que podiam negar a existência dos direitos coletivos ou dificultar sua proteção jurisdicional, esse não é mais um risco. Hoje não existem mais dúvidas de que o processo coletivo faz parte da realidade jurídica brasileira. O apego a essas categorias, de acordo com essa finalidade, não tem mais razão de ser.

Além disso, como se afirmou ao longo desse capítulo, as diferentes características das três categorias de direitos atendem a questões processuais, e não a reclames próprios do direito material. Surgiram de necessidades de direito processual – como a necessidade de transpor preconceitos exposta acima – e não de distinções marcantes no plano de direito material. É preciso radicalizar a flexibilização dessas categorias, evitando que o mau enquadramento de uma demanda no esquema conceitual estabelecido inviabilize a proteção dos direitos.

Um primeiro passo na direção dessa radicalização envolve a desmistificação dos direitos de grupo, principalmente no tocante à sua novidade. Sérgio Cruz Arenhart ressalta que os direitos hoje conhecidos como difusos e coletivos já eram protegidos sob outra roupagem no passado. As Ordenações do Reino já tratavam de certos aspectos de proteção ambiental, tratando violações como “injúria ao rei”; revelando a técnica de proteção desses interesses à época, que envolvia a atribuição de sua titularidade ao Estado. Essa técnica vigorava no Brasil ainda no século XX, quando direitos relacionados ao meio ambiente e ao patrimônio público eram vistos como de titularidade do Poder Público. Esses direitos eram tutelados anteriormente sob a ótica individual, não sendo, portanto, algo inédito. Há, na verdade, um novo tratamento judicial desses interesses; pois os julgadores, ao tratarem de casos envolvendo direitos



de grupo, não devem se preocupar com o interesse individual de determinado titular, mas sim com o interesse social e coletivo.<sup>419</sup>

Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos deveriam ser tomados como parâmetros a serem observados pelos julgadores. Frente a uma caracterização que entende como inadequada, o juiz não deve negar o seguimento da ação coletiva, portanto. As categorias não são absolutas e não existem limites rígidos entre elas. Os parâmetros devem facilitar a compreensão do caso pelo magistrado, e jamais servir de impedimento à obtenção de tutela jurisdicional.

É importante ressaltar que *um parâmetro deixa de ser um parâmetro se está sendo usado como uma restrição à tutela coletiva*. Essa é a única forma de garantir que os parâmetros serão usados apenas para orientar a compreensão: se ele está gerando um impedimento para a obtenção da tutela coletiva, então está sendo usado de forma equivocada.

A possibilidade de proteção de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos num mesmo processo já é amplamente aceita. Se isso é possível, pouco importa se o autor da ação não caracterizou as três espécies da maneira que o magistrado entende por correta.

A flexibilização, entretanto, não deve atuar apenas em situações de confusão entre uma e outra categoria. A própria caracterização do que é um direito metaindividual deve ser flexibilizada para poder abarcar um interesse que não preencha exatamente as características mencionadas na lei.

Elton Venturi afirma que, para evitar a confusão terminológica, seria melhor reunir sob o nome “ação coletiva” todas as demandas destinadas à proteção dos direitos de grupo. Isso bastaria para distingui-las das ações individuais.<sup>420</sup> A proposta é excelente, e evitaria que “equivocos conceituais” se tornassem empecilhos às tais ações.

Os conceitos legais, como se viu, padecem de vários problemas. Qualquer tentativa de aperfeiçoar as definições pode gerar mais rigidez e formalismo. Se a ideia

---

<sup>419</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão, *in*: **No prelo**, [s.l.: s.n., s.d.] cf. nota 1.

<sup>420</sup> VENTURI, **Processo civil coletivo**, p. 94.

é facilitar a tutela coletiva, a flexibilização é a melhor alternativa. Ela é necessária, não só por questões práticas, mas principalmente porque as contradições internas das categorias fazem com que sua aplicação rígida careça de sentido.

*c) Aplicando a flexibilização contra o Estado*

A flexibilização das categorias aplica-se a qualquer caso de processo coletivo. Serão ressaltados aqui, entretanto, alguns casos referentes ao controle de violações de direitos (ou pedidos de efetivação de direitos) em relação ao Estado.

Nesses casos, a flexibilização é imprescindível nos dois sentidos mencionados anteriormente: tanto para evitar que o enquadramento na categoria “equivocada” impeça a continuidade do processo, como para flexibilizar a verificação das características dos direitos em relações aos quais se pleiteia a proteção jurisdicional.

Um dos exemplos mais simples está na *ação popular*. Em que pese autores entenderem que a ação popular se presta à tutela de interesses difusos apenas,<sup>421</sup> essa restrição é totalmente injustificada. A Lei n. 4717/65 sequer menciona esses termos, e foi aprovada muito antes das categorias restritivas terem sido criadas. A sua associação com direitos difusos se deve apenas à previsão de coisa julgada oponível “*erga omnes*” (art. 18, entre aspas no texto da lei). Não se pode esquecer que esse instrumento processual foi criado muito antes da categorização prevista no Código de Defesa do Consumidor e a expressão não tem nenhuma relação com os conceitos ali previstos. A interpretação sistemática não pode conduzir à redução do âmbito de aplicação do meio processual. A ação popular é um instrumento valiosíssimo de controle do Estado e não pode ser afetada por restrições indevidas: a interpretação deve ser o mais flexível possível.<sup>422</sup>

Os exemplos de condutas reiteradamente ilegais e inconstitucionais do INSS, mencionados no terceiro capítulo, poderiam ser controlados tanto por ação popular

---

<sup>421</sup> ALMEIDA, **Manual das ações constitucionais**, p. 356.

<sup>422</sup> Existem outras restrições impostas (pela doutrina e jurisprudência) à ação popular, referentes a questões diversas – por exemplo, a suposta impossibilidade de obter decisões que impõem prestações de fazer ou não fazer através dela – e elas serão abordadas no próximo capítulo. Por ora, fica-se apenas na limitação quanto aos direitos tuteláveis por essa via.

(pela lesão à moralidade) como por ação civil pública, pouco importando a categoria de direitos a ser tutelada.

As restrições ao cabimento de *mandado de segurança coletivo*, baseadas também na natureza do direito a ser tutelado, também se tornam irrelevantes com a flexibilização. O mandado de segurança é importante instrumento de controle de práticas violadoras de direitos pelo Estado, principalmente pelo seu rito especial e tramitação prioritária, que lhe garantem mais eficiência.<sup>423</sup>

Em relação aos *direitos individuais homogêneos*, cai por terra a ideia de que só podem ser tutelados via “ação civil coletiva”, com uma condenação coletiva genérica seguida por execuções individuais. Esse rito, previsto no CDC, fica sendo apenas uma opção para a proteção desses direitos. Assim, ações que visem a tutela de direitos individuais homogêneos em face do Estado podem terminar com sentenças que imponham prestações de fazer, não fazer ou entrega de coisa. Mais interessante ainda é radicalizar a flexibilização para entender que até mesmo decisões que condenam ao pagamento de quantia em dinheiro podem seguir um rito distinto, deixando de exigir que os jurisdicionados ajuízem execuções individuais. A título de exemplo, o pagamento poderia (sempre que possível<sup>424</sup>) ser feito através do depósito da quantia em contas nos nomes dos beneficiários (o próprio Estado pode fornecer as informações necessárias) em uma instituição financeira pública, seguido de ampla divulgação. As quantias não sacadas poderiam ser revertidas para o fundo (a *fluid recovery* brasileira) após o decurso de certo prazo. Em relação à Fazenda Pública, isso só seria possível se a quantia individual fosse inferior ao teto para o pagamento via RPV, mas a aplicação da ideia, ainda que de forma limitada, tornaria o processo efetivamente coletivo, do começo ao final.

O STF, há muitos anos, havia firmado entendimento que o “fracionamento” da condenação em RPs só era possível em caso de litisconsórcio ativo, nunca em ações

---

<sup>423</sup> Sabe-se que agentes privados também podem ser enquadrados como autoridades coatoras (e, por isso, o mandado de segurança pode ser utilizado contra atos dessas pessoas privadas), mas o destaque, aqui, é para o uso contra o Poder Público.

<sup>424</sup> Como explicitado no capítulo 1, entende-se que a ideia de que a realização de liquidação individual deve ser dispensada sempre que possível, mesmo em casos em que a indenização tenha valor diferente para cada tutelado. Basta que o Estado tenha as informações necessárias à realização dos cálculos.

coletivas (cf. AgRg RE 459.506). Tratava-se de interpretação demasiadamente ampliada do art. 100, § 8º da Constituição, que impede o fracionamento do precatório em RPV com o intuito de burlar a ordem cronológica de pagamentos. Obviamente, nem em um caso, nem no outro, há fracionamento do valor da condenação, visto que se tivessem sido propostas ações individuais (com um só autor, em ambos os casos) o pagamento seria via RPV. Em 2014, no RE 568.645/SP, os Ministros afirmaram a possibilidade do uso da RPV em um caso de litisconsórcio, mas se referiram, na fundamentação, às ações coletivas:

O que se tem, no caso de ações plúrimas e, também, de ações coletivas, em que há substituição processual, sem desconhecer legitimação concorrente? Prolatada a sentença e transitada em julgado, parte-se para o cumprimento. E esse cumprimento diz respeito a obrigações que se mostram divisíveis e têm credores individualizados. Então, não há como potencializar a referência à proibição de fracionamento de precatório, contida na Constituição Federal, para chegar-se à conclusão de que apenas cabe a execução conjunta, de forma acumulada. [grifou-se]<sup>425</sup>

O entendimento anterior é mais um privilégio indevido concedido ao Estado e, mais uma vez, dá preferência à tutela individual em relação à coletiva. Entendendo-se por superado esse raciocínio (afinal, é a *ratio decidendi* do julgado), a flexibilização das categorias propicia que uma ação coletiva visando a tutela de direitos individuais homogêneos, mesmo contra o Estado (a depender do valor das indenizações), poderia ser coletiva do começo ao fim. Obviamente, isso seria aplicável a ações contra quaisquer réus.

Por fim, as restrições que são relacionadas à categoria de direito tutelada e ao legitimado que propôs a ação, como aconteceu no REsp 1.192.577/RS (em que o STJ restringiu a eficácia subjetiva da coisa julgada aos potenciais “clientes” da Defensoria Pública, por se tratar de direito coletivo e não difuso) também deixariam de fazer sentido com a flexibilização.

O apego às categorias é necessariamente ruim. Não existem vantagens em se prender a elas – por serem categorias incertas, que despertam discordância na doutrina

---

<sup>425</sup> Min. Marco Aurélio, p. 23 do acórdão do RE 567.645/SP.

e na jurisprudência, elas não propiciam nem mesmo a segurança jurídica (e a sua consequente previsibilidade) tão valorizada contemporaneamente. Na verdade, elas geram insegurança, por aumentarem consideravelmente o risco envolvido em um processo coletivo, que não pode ser tido como um instrumento processual confiável hoje.

A eficiência, embora não possa ser usada como único valor norteador, certamente precisa ser uma preocupação do processo civil. Ela é, afinal, da própria natureza dos institutos processuais – ou, ao menos, deveria ser. Levar a sério o instrumentalismo do processo significa não superestimar sua importância a ponto de ele se tornar um obstáculo. O processo, individual ou coletivo, é uma via.

O resultado final das categorias de direitos coletivos, hoje, é o mais puro formalismo. A insistência na sua rigidez e na precisão conceitual parece estar ligada à crença de que elas representam a essência e a verdadeira natureza dos direitos coletivos. Não se pode esquecer que essas categorias, assim como os próprios direitos coletivos, são produto da criatividade humana e não devem aprisionar – principalmente quando deixam de ter serventia.

## CAPÍTULO 5 – APOSTAS EM PROCESSO: DIREITO, POLÍTICA E SEUS INSTRUMENTOS

*“Critical thinking without hope is cynicism.  
Hope without critical thinking is naïveté.”<sup>426</sup>*

### 5.1. Preeminência do processo coletivo na litigância contra o Estado

#### *a) Apostas, preocupações e fundamento legal*

A dimensão de apostas é terreno de incertezas. A crença em soluções mágicas, ao contrário, só trabalha com a garantia do sucesso. Aqui, reconhece-se que problemas complexos não são estáticos e que qualquer tentativa de “solucioná-los” esbarra em contingências. Por isso, apresentam-se apostas – apostas em processo porque não são definitivas e porque se acredita no desenvolvimento do potencial do processo coletivo para romper o ciclo vicioso do comportamento estatal no Brasil (violador-litigante-descumpridor) e para dinamizar o Judiciário como espaço de discussão política.

As apostas/propostas apresentadas neste capítulo são meras tentativas de desenvolvimento de um tema pouco explorado – talvez pelo destaque que a judicialização da política tem obtido no meio acadêmico e fora dele. São hipóteses que têm apenas a experiência estrangeira como indicadora de êxito; e deve-se ressaltar que essa experiência conhece não só sucessos, mas também fracassos. As limitações das propostas a seguir, portanto, derivam de seu caráter eminentemente prático e, por isso, incerto.

Tampouco são desconhecidos os riscos de implementação cega de soluções estrangeiras a problemas tipicamente brasileiros.<sup>427</sup> Os traços distintivos do contexto

---

<sup>426</sup> Frase de Maria Popova. Tradução livre: Pensamento crítico sem esperança é cinismo. Esperança sem pensamento crítico é ingenuidade.

<sup>427</sup> Importar, de forma automática, soluções de outra cultura geralmente não é uma boa ideia. Isso é especialmente verdadeiro para a pesquisa na área jurídica: há muito que se aprender de outras tradições, mas nada a se copiar. Além das óbvias diferenças entre common law e civil law, as diferenças no contexto social dos Estados Unidos e do Brasil fazem com que a importação seja uma péssima ideia. Existem também questões filosóficas envolvidas nessa abordagem: filósofos latino-

do país já foram delineados no capítulo 3 e as propostas foram elaboradas especificamente para eles, procurando evitar uma abordagem simplista, juntamente com as mencionadas “soluções mágicas”.

As preocupações centrais que nortearam a elaboração das propostas já foram mencionadas anteriormente. Em primeiro lugar, elas foram elaboradas para reduzir o número de processos em que o Estado figura como réu e impedir que ele continue ocupando o Judiciário com sua conduta irresponsável. Não se deseja, entretanto, induzir as pessoas a não litigarem: a ideia é que as ações sejam em menor número e mais eficientes, que possam de fato combater a violação em massa de direitos. Em segundo lugar, preocupa-se com garantir a efetivação imediata das decisões nesses processos para todas as pessoas, sem que elas precisem ajuizar ações (de conhecimento ou de execução), pagar custas processuais e honorários de advogados. E, por último, existe o foco no tratamento isonômico dos cidadãos, já que as ações contra o Estado têm potencial para gerar desigualdades.

As três preocupações são relacionadas entre si: elas visam o rompimento do círculo vicioso da conduta irresponsável estatal. Além disso, as três também servem como mais um fundamento para a defesa da primazia do processo coletivo nessa tentativa de rompimento.

A ambição de utilizar as ferramentas disponíveis, fazendo propostas de *lege lata*, também anima esse capítulo. Boa parte das medidas se baseia no papel do juiz como condutor do processo, em atuação cooperativa com as partes; na possibilidade de adaptação do procedimento ao caso; e na flexibilidade dos meios executivos, conforme reforçado pelo novo Código de Processo Civil.

O NCPC trata, no art. 139, dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz quanto à direção do processo. O inciso III afirma que o juiz deve prevenir ou reprimir atos atentatórios à dignidade da justiça; o inciso IV lhe incumbe a determinação de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias

---

americanos revelam as consequências da colonialidade do saber e dos saberes subalternos. A pesquisa que prega a importação perpetua a perspectiva colonial. Cf. MIGNOLO, Walter, **La Idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial**, Barcelona: Gedisa, 2007; MIGNOLO, Walter, **Local Histories /Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges and Border Thinking**, Princeton: Princeton University Press, 2000.

para o cumprimento das ordens judiciais (todas elas, inclusive as que envolvem a condenação a pagar quantia); o inciso VI dá a possibilidade de elastecimento dos prazos processuais e da ordem de produção dos meios de produção de prova, para dar maior efetividade à tutela do direito; e o inciso X afirma que ele deve oficiar ao Ministério Público, à Defensoria Pública e a outros legitimados ao se deparar com demandas individuais repetitivas, para propiciar a propositura da ação coletiva respectiva.

Os artigos 536 e 537 tratam do cumprimento das decisões que reconheçam a exigibilidade de prestações de fazer ou não fazer, dos amplos meios executivos (estabelecidos em rol não exaustivo) à disposição do juiz para assegurar tal cumprimento, e das multas, adaptáveis e modificáveis, que podem ser fixadas para tanto. A cooperação é um princípio norteador do sistema, e o dever de cooperar – que abrange todos os sujeitos do processo – foi expressamente previsto no art. 6º.

Por fim, os artigos 159 a 161 tratam do depositário e do administrador. A figura do administrador, como se verá, é vital para algumas das soluções apontadas, e encontra-se prevista de maneira genérica no novo Código, o que possibilita sua utilização da forma sugerida posteriormente.<sup>428</sup>

#### *b) Isonomia e processo coletivo: o ideal e o real*

*A preocupação com o tratamento isonômico dos cidadãos costuma aparecer em algumas discussões doutrinárias, mas parece não ser capaz de alcançar outras com a mesma intensidade. Como se viu no início do trabalho, um dos principais problemas apontados pelos doutrinadores em relação à judicialização do direito à saúde<sup>429</sup> (e também de outros direitos fundamentais)<sup>430</sup> é justamente a falta de*

---

<sup>428</sup> Sérgio Cruz Arenhart sugere essa interpretação da figura do administrador. ARENHART, Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão.

<sup>429</sup> WANG, Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF, p. 350; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal, in: **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 635–648.

<sup>430</sup> BARCELLOS, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, p. 115–116.



isonomia. Aqueles que ajuízam uma ação conseguem o tratamento ou o medicamento, enquanto aqueles que não o fazem estão fadados a padecerem da enfermidade. O tratamento desigual, na verdade, alcança todos que estão em condições análogas de saúde e não procuram o Judiciário; e também aqueles em condições distintas, que sofrem com o “desvio” de recursos públicos que seriam dirigidos à efetivação do direito à saúde de toda a comunidade.

A isonomia, porém, é mais raramente considerada na análise do comportamento do Estado após ter uma de suas condutas tidas como ilegais e inconstitucionais pelo Judiciário em uma ação individual. Parece claro que a coisa julgada só vincula as partes do processo e o Poder Público está livre para seguir agindo da mesma forma indevida com todos os demais cidadãos. A eficácia subjetiva da coisa julgada parece ser suficiente para justificar o tratamento desigual de pessoas em condições similares.

Parece curioso que a primeira situação gere imediatas preocupações igualitárias e a segunda, não. As duas situações são muitíssimo similares, tendo em vista que ambas tratam da postura do Estado frente aos cidadãos e da proteção de seus direitos. A primeira trata do tratamento desigual gerado pelo atendimento do direito de um, e não de todos; e a segunda se ocupa da continuidade da violação dos direitos de todos, enquanto só um tem seus direitos respeitados.

Em um *cenário ideal*, o Poder Público cessaria, por si só, de repetir a decisão, o ato ou a política pública violadora de direitos após a sinalização da ilegalidade ou inconstitucionalidade por parte do Judiciário, independentemente dessa sinalização ter se dado em um processo individual ou coletivo. Essa deferência à decisão jurisdicional<sup>431</sup> seria apenas excepcionalmente quebrada, mediante uma justificativa plausível – como a comprovação da peculiaridade do caso julgado (que não seria análogo a outros). Obviamente, casos muito específicos, referentes às particularidades de uma pessoa ou um pequeno número de pessoas, não causariam alterações gerais; mas em regra o Estado deveria acatar o entendimento do Judiciário sempre que uma de

---

<sup>431</sup> Cf. capítulo 1.

suas condutas fosse tida como contrária ao direito, tendo a decisão repercussão em todos os casos afetados por aquele comportamento específico.

Dessa forma, seriam evitados os inúmeros processos discutindo uma mesma conduta ilegal/inconstitucional do Estado, o que evitaria o desperdício de recursos financeiros e humanos (tanto do Judiciário quanto dos advogados públicos); cessaria a violação presente e futura de direitos; e a confiança do cidadão brasileiro no setor público seria parcialmente renovada.

Não existe, porém, esse cenário ideal. É preciso, portanto, pensar em formas de inibir essa postura de descaso frente à população, considerando que Novo Código de Processo Civil não trouxe novas ferramentas para lidar com o problema.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (já mencionado no primeiro capítulo), previsto nos artigos 976 a 987, parece ter sido criado para resolver o problema da isonomia, pois ele deve ser instaurado quando houver, simultaneamente, “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”. O incidente, porém, não só não impede, como exige que inúmeros processos sejam instaurados para garantir o tratamento isonômico – precisamente, um processo para cada cidadão que pode ter seu direito violado pelo Estado. O incidente apenas assegura que todos os processos, uma vez iniciados, sejam julgados de forma isonômica, não atendendo, portanto, as preocupações expressadas no início do capítulo.

O art. 139, X, afirma que é dever do juiz oficiar ao Ministério Público, à Defensoria Pública e a outros legitimados (na medida do possível) sempre que se deparar com demandas repetitivas, para que eles possam promover uma ação coletiva. Essa medida, embora interessante, não garante a propositura da ação coletiva, nem o julgamento do mérito nessa ação. Ela constitui, ainda assim, a proposta mais interessante do novo código em relação ao tema aqui discutido.

O NCPC, conforme aprovado pelo Legislativo, previa, em seu artigo 333, a conversão da ação individual em ação coletiva, mas o dispositivo foi vetado pela

Presidente.<sup>432</sup> A possibilidade de conversão, tal como então prevista, tampouco resolveria o problema. O caput do artigo e seu § 2º pareciam incorrer na confusão generalizada relativa à definição dos direitos de grupo. O caput estabelecia dois pressupostos para a coletivização: a) relevância social; e b) dificuldade na formação de litisconsórcio. O § 2º proibia a coletivização para a tutela de direitos individuais homogêneos. Ora, apenas direitos individuais homogêneos podem ser objeto de ação individual, abrindo possibilidade para a formação de litisconsórcio. A conversão era,

---

<sup>432</sup> Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.

na verdade, completamente inútil. Em outras palavras, a coletivização da ação individual só seria possível para a formação de ações relativas a direitos difusos e coletivos (pois individuais homogêneos estariam proibidos), mas esses direitos não podem ser tutelados via ação individual. Ou seja, mesmo que não fosse vetada, a rigor a coletivização não teria nenhuma serventia – ficaria aguardando uma interpretação que a salvasse da completa inutilidade.<sup>433</sup> Desnecessário, portanto, abordar com cuidado os demais problemas do instituto que foi sem ter sido.

A crescente valorização da jurisprudência como fonte do direito no Brasil<sup>434</sup> e a ideia de respeito a precedentes judiciais se fundamenta principalmente na promoção da segurança jurídica e no igual tratamento de casos análogos (*treat like cases alike*).<sup>435</sup> Assim, a vinculação aos precedentes também promove a isonomia; mas, assim como o incidente de resolução de demandas repetitivas, exige que sejam propostas inúmeras ações – tantas quantos forem os cidadãos com direitos violados – para que essa isonomia se verifique.

É perceptível, no Novo Código de Processo Civil, a preocupação com as demandas repetitivas que abarrotam os tribunais, mas as medidas propostas para lidar com elas são meros paliativos. Elas não impedem que casos repetidos cheguem ao Judiciário, apenas garantem que, uma vez apresentados, recebam tratamento isonômico. Em relação ao Estado, maior litigante do país, esses mecanismos *exigem* que ações individuais sejam propostas para que as pessoas possam assegurar a proteção dos seus direitos. Não atendem, portanto, os objetivos do presente trabalho.

---

<sup>433</sup> Curiosamente, não foi esse o motivo do veto, cuja mensagem indica que a confusão não foi percebida pela assessoria jurídica da Presidente ou pela OAB: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.”

<sup>434</sup> Evidenciada pelas diversas reformas no antigo CPC (e mantidas no de 2015), possibilitando a não admissão de recursos contrários à jurisprudência dos tribunais superiores. Sobre o tema, cf. FONSECA, **Problemas estruturais do Judiciário: por um processo civil factível**.

<sup>435</sup> O tema vem sendo abordado por diversos autores de Direito Processual Civil. Por todos, cf. PEREIRA, Paula Pessoa, **Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; FORTES, Luiz Henrique Krassuski, **Justificação dos precedentes: Direito como planejamento, Poder Judiciário e motivação a partir do precedente**, Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme, **Precedentes obrigatórios**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Faz-se necessária uma forma de “coletivizar” os resultados do processo individual em que determinada conduta estatal foi tida por ilegal ou inconstitucional, sempre que outras pessoas possam se achar na mesma situação de violação de direitos. Como mencionado, idealmente o Estado cessaria a conduta violadora assim que o Judiciário se pronunciasse sobre ela. A segunda melhor opção seria que essas *violações de direitos fossem, de início, discutidas coletivamente*. Porém, como se demonstrou no capítulo anterior, muitos dos casos envolvendo direitos coletivamente tuteláveis (tanto os que envolvem direitos individuais homogêneos quanto alguns dos exemplos de direitos tidos como coletivos) podem ser tutelados individualmente. É exatamente isso que acontece com as condutas estatais contrárias ao direito: cada pessoa que sofreu a violação pode ajuizar sua própria ação.<sup>436</sup>

Considerando os riscos de uma ação coletiva e a necessidade de buscar um dos legitimados para a propositura de uma ação civil pública, é realmente difícil defender a primazia do processo coletivo. Em muitos casos, uma ação individual tem maiores chances de êxito que uma ação coletiva. Justamente por isso faz-se necessário *defender a primazia, ressaltar os aspectos positivos da tutela coletiva, procurar minimizar os fatores de risco,*<sup>437</sup> *assegurar sua efetividade e combater suas limitações*.

O capítulo anterior já tratou de uma das limitações centrais do processo coletivo, que é causada pelas categorias de direitos que foram criadas, ironicamente, para assegurá-lo. Em relação ao Estado, outras restrições relacionam-se com suas *prerrogativas processuais especificamente voltadas à tutela coletiva*.

A exigência de cópia de ata de assembleia autorizativa da ação e da relação de associados (art. 2-A, Lei n. 9.494/97, criado via medida provisória); e a vedação de uso da ação civil pública para veicular pretensões envolvendo tributos, contribuições previdenciárias e outros fundos institucionais são limitações injustificadas à ações coletivas contra a Fazenda Pública.

---

<sup>436</sup> Isso poderia ser tratado de forma distinta pela legislação, colocando o processo coletivo em posição privilegiada na tutela desses casos. Mas o presente trabalho busca soluções de *lege lata* e essa discussão está, portanto, fora de seus objetivos.

<sup>437</sup> Ver o próximo item.

As exigências referentes às ações propostas por associações dificultam em demasiado sua atuação perante à Fazenda Pública. O parágrafo único do art. 2-A da Lei n. 9494 exige a petição inicial seja instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que autorizou a propositura da ação, “acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”.

Trata-se apenas de exigência formal descabida e de constitucionalidade duvidosa – inclusive, passível de ser declarada inconstitucional no caso concreto pelo magistrado. Afinal, esse requisito consubstancia tratamento desigual da Administração Pública frente aos demais, em direto conflito com o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que dispensa a autorização assemblear. O entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da exigência de autorização para a propositura de ações coletivas por associações se refere apenas aos direitos individuais homogêneos – isso se a ação foi proposta contra um agente privado. Nas ações coletivas contra o Poder Público, valem os requisitos legais; assim, exige-se a autorização para a discussão de qualquer direito de grupo. A restrição também é, portanto, uma prerrogativa injustificada do Estado.

As restrições de matérias discutíveis na ação civil pública contra o Estado também são de constitucionalidade duvidosa – tanto formal quanto material (mais uma vez, conferir o capítulo 3). São também passíveis de serem declaradas inconstitucionais no caso concreto. Essas limitações excluem da tutela coletiva justamente os casos que mais se beneficiariam dela e que também favoreceriam o Judiciário se decididos coletivamente.

Para além das limitações (até também porque se trata de uma forma de escapar delas), é preciso fazer uso de todos os instrumentos disponíveis para a tutela coletiva, inclusive a *ação popular*. Entende-se que a ação popular é subutilizada e desvalorizada no país, particularmente porque tem sido usada para fins eleitoreiros.<sup>438</sup> Ela é, na verdade, um poderoso instrumento de controle dos atos ilícitos do Estado e é preciso

---

<sup>438</sup> GIDI, **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**, p. 224–230.

aproveitar o seu potencial desperdiçado. Procura-se, então, tratar das supostas limitações da ação popular e incentivar sua utilização.

Como mencionado no capítulo anterior, a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717 de 1965) regulamentou um instrumento estabelecido na Constituição de 1934, pela primeira vez, e repetido na maioria das Constituições posteriores. O texto constitucional parecia atribuir à ação popular apenas a função de anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas, mas a lei, em seu art. 1º, §1º, já conceituava, em sua redação original, patrimônio público de forma abrangente para incluir bens e direitos não só de valor econômico, mas também de valor artístico, estético e histórico. Em 1977, essa conceituação foi ampliada ainda mais para incluir bens de valor turístico.

A Constituição de 1988 amplia ainda mais esse âmbito de proteção para incluir o meio ambiente e a moralidade administrativa.<sup>439</sup> O uso da ação popular, no sentido aqui proposto, estaria enquadrado justamente na tutela da moralidade administrativa. Parte-se do pressuposto que é imoral a prática de condutas lesivas aos direitos dos cidadãos por parte do Estado – que deveria proteger e garantir direitos, ao invés de violá-los.

A doutrina e a jurisprudência estabelecem dois requisitos para a propositura da ação popular: a ilegalidade e a lesividade do ato, ou seja, é preciso demonstrar que o ato ilícito efetivamente lesou o patrimônio público material ou imaterial. Esses pressupostos, porém, não são exigidos para a tutela da moralidade: o ato que viola princípio da moralidade administrativa é juridicamente ilegítimo, viola princípio estabelecido na Constituição e tem sua lesividade presumida.<sup>440</sup>

Aliás, conforme ressaltado por Egon Bockmann Moreira, condicionar o uso da ação popular, nesse caso, à verificação de lesão seria o mesmo que afirmar que o servidor público poderia descumprir o princípio da moralidade se isso não causasse dano ao patrimônio público. Ora, a obediência à moralidade é obrigatória e o agente

---

<sup>439</sup> Na verdade, mesmo antes da Constituição de 1988 a ação popular já era tida como instrumento de proteção da moralidade administrativa, por tutelar o direito a “um governo honesto”. MARQUES, José Frederico, As ações populares no direito brasileiro, **Revista Forense**, v. 55, n. 178, p. 42–50, 1958, p. 43–44.

<sup>440</sup> ZAVASCKI, **Processo coletivo**, p. 89 e 95.

não pode optar pela conduta que a viole em nenhuma circunstância. O autor também destaca que tampouco é possível condicionar a proteção da moralidade administrativa a uma ofensa à letra da lei, pois isso tornaria “o princípio da moralidade apenas um subprincípio da legalidade, um mero agravante sem incidência autônoma.”<sup>441</sup>

Sobre a suposta vinculação entre ação popular e direitos difusos, já se afirmou que ela não existe. A flexibilização proposta não admite restrições desse tipo. Mas há outra restrição defendida por parte da doutrina: há quem afirme que essa ação só serve para invalidar atos lesivos da Administração, sendo impossível obter outros provimentos através dela.<sup>442</sup>

Desde o seu surgimento, entretanto, a ação popular vem sendo usada para o alcance de diversas finalidades. José Carlos Barbosa Moreira relata algumas delas (todas da década de 70): para anular a aprovação de projeto de aeroporto em Brasília, para impugnar atos relacionados ao aterro da Lagoa Rodrigo de Freitas no Rio de Janeiro, para impedir a demolição de edifício onde funcionava tradicional estabelecimento de ensino em São Paulo, para barrar construções em uma praça na estância hidromineral Águas de Lindóia, e para anular ato que permitiu a utilização de praça pública por associação carnavalesca, também no Rio.<sup>443</sup> Esses exemplos demonstram que a anulação de atos pode ter diversas consequências.

Além das finalidades diversas que podem ser alcançadas pela invalidação, sustenta-se que a ação popular não termina somente em decisões declaratórias negativas, desconstitutivas e condenatórias. Ela pode servir à obtenção de qualquer provimento jurisdicional que seja necessário à proteção contra ato lesivo do Poder Público. Ela pode, portanto, fornecer tutela preventiva<sup>444</sup> – tanto do dano quanto do ilícito. Não há nenhuma razão para essa interpretação restritiva, pois a lei em si não traz qualquer limitação desse tipo – tampouco o faz a Constituição.

---

<sup>441</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, O princípio da moralidade e seu controle objetivo, *in*: PIRES, L.M.F.; ZOCKUN, M.; ADRI, R. P. (Orgs.), **Corrupção, ética e moralidade administrativa**, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 104–106.

<sup>442</sup> GIDI, Class Actions in Brazil, p. 326.

<sup>443</sup> BARBOSA MOREIRA, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, p. 116.

<sup>444</sup> ZAVASCKI, **Processo coletivo**, p. 97.



A participação nas ações populares também pode ser incentivada. As demais vítimas da ação estatal ilícita podem participar do processo como litisconsortes ou como assistentes, trazendo seus interesses e necessidades ao caso. O juiz deve, inclusive, incentivar essa participação, procurando comunicar aos outros possíveis interessados a existência da ação e convidando-os a interferir.

O controle das violações de direitos causadas pelo Estado através da ação popular é certamente uma das apostas deste trabalho. O fato de ela poder ser ajuizada por qualquer cidadão faz com que ela seja extremamente acessível.<sup>445</sup> É certo que o cidadão precisa contratar um advogado e, apesar da defensoria pública não poder abraçar ativamente esses casos por sobrecarga de trabalho, entende-se que isso não inviabiliza o instrumento. Existe uma rede de advocacia popular em crescimento no país que pode fazer uso dele.<sup>446</sup> Além disso, elas podem ser objeto de projetos de extensão nas universidades: a criação de clínicas de ações populares em centros de excelência no ensino jurídico brasileiro poderia dar ao instrumento o prestígio e a utilidade que ele nunca teve, desvelando seu potencial oculto.<sup>447</sup>

O incentivo ao uso (ou a um outro uso) da ação popular está diretamente conectado com as três preocupações que norteiam as propostas desse trabalho e está alinhado com a ideia de primazia do processo coletivo. Frente o descaso do NCPC em relação ao processo coletivo, é preciso reinventar instrumentos já existentes.

### *c) A macrojustiça entre o risco e a potencialidade*

O direcionamento da atividade política do Judiciário ao processo coletivo, conforme tratado no primeiro capítulo, é a única proposta gerada pelo diagnóstico de judicialização. Entendeu-se que o processo coletivo seria mais adequado para lidar

---

<sup>445</sup> DA COSTA, Susana Henriques, A participação popular nas escolhas públicas por meio do Poder Judiciário: o papel das ações coletivas, *in*: LIVIANU, R. (Org.), **Justiça, Cidadania e Democracia [online]**, Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2008, p. 236.

<sup>446</sup> Como demonstrado em GEDIEL, Antonio Peres *et al*, **Mapa Territorial, Temático e Instrumental da Assessoria Jurídica e Advocacia Popular no Brasil**, Brasília, Curitiba, João Pessoa: [s.n.], 2011.

<sup>447</sup> O desenvolvimento de um projeto replicável de clínica de ações populares é um dos planos futuros da autora (ele será iniciado ainda em 2015).

com essas questões por ser vocacionado a lidar com problemas de macrojustiça, ao invés de se fixar somente na microjustiça imediatamente envolvida no caso.

O reconhecimento da necessidade de lidar com questões macro situa o processo coletivo – particularmente dentro do tema deste trabalho – numa outra concepção de processo e de exercício da atividade jurisdicional.

Owen Fiss descreve essa nova concepção, contrastando-a com visão tradicionalista, que entende a atividade jurisdicional apenas como um modo de resolução de disputas, dirigindo-se contra atos ilícitos (causadores ou não de dano) individualizados. Os sujeitos são indivíduos e o objetivo final do processo é reestabelecer o estado de harmonia anterior ao ato contrário ao direito,<sup>448</sup> ou seja, retornar ao *status quo*.<sup>449</sup>

O outro modelo de processo trabalha não com conflitos, mas com condições sociais e restrições ou violações de direitos causadas por grandes organizações burocráticas, afetando grupos de pessoas que só podem ser definidos a partir de limites aproximados e incertos.<sup>450</sup> Não há presunção de que o estado anterior era harmônico – esse modelo se concentra em garantir que a organização violadora não mais desrespeite direitos, e por isso o foco está na efetividade das medidas implementadas e na promoção da equidade<sup>451</sup> para os membros do grupo afetado.<sup>452</sup> Fiss chama esse modelo de “reforma estrutural”, pois ele permite a reforma dessas instituições.

---

<sup>448</sup> Chayes chama esse processo de “bipolar”. CHAYES, Abram, The Role of the Judge in Public Law Litigation, **Harvard Law Review**, v. 89, p. 1281–1316, 1975, p. 1289–1292 ; para uma crítica das limitações desse processo, cf. FERRARO, Marcella Pereira, **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**, Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

<sup>449</sup> FISS, The forms of justice, p. 15–24.

<sup>450</sup> A determinabilidade do grupo é, de fato, irrelevante para esse tipo de processo, pois seria impossível precisar as pessoas afetadas. De certa forma, essa impossibilidade também se reflete nas categorias de direitos de grupo brasileiras: lembre-se que mesmo os direitos coletivos são titularizados por um grupo “determinável”, que não precisa ser, de fato, determinado. *Ibid.*; CHAYES, The Role of the Judge in Public Law Litigation, p. 1302.

<sup>451</sup> A palavra *fairness* é geralmente traduzida como “equidade”. A tradução não é precisa, mas é a opção menos inadequada.

<sup>452</sup> CHAYES, The Role of the Judge in Public Law Litigation, p. 1289–1292.

O autor entende que a atividade jurisdicional<sup>453</sup> não tem o objetivo de solucionar conflitos (ou mesmo de proteger minorias, por seu aspecto contramajoritário), mas sim de trazer significado aos valores constitucionais.<sup>454</sup> Ele ressalta, porém, que o Judiciário não tem a única nem a última palavra nessa determinação de significado: os três poderes fazem isso, já que as relações entre eles são (ou deveriam ser) mais plurais e dialéticas do que aquelas determinadas por uma concepção institucional rígida (que entende os poderes eleitos como representantes da maioria e o Judiciário como guardião das minorias).<sup>455</sup>

Para tratar dessa atuação dos poderes, Fiss usa o verbo “*strive*”,<sup>456</sup> que pode significar que os três podem se esforçar para dar significado aos valores constitucionais; ou pode significar que todos podem *lutar* para tanto. A segunda acepção da palavra tem relação com um dos pontos defendidos aqui – que existe um conflito pelo poder de dizer o direito, desenvolvido (em parte) no Judiciário e do qual não só os três poderes podem participar.

Seguindo seu raciocínio, o autor explica os motivos pelos quais o Judiciário deve poder ser parte desse processo de significação da Constituição. Um deles é a sua independência<sup>457</sup> e o outro faz referência à obrigatoriedade do juiz participar do diálogo através do processo.

É através desse segundo motivo exposto por Fiss que o processo coletivo pode maximizar seu potencial para trabalhar com questões de macrojustiça: ele deve ampliar esse dever de participar do diálogo para a escala do processo coletivo, pois a sua habilidade de tratar de questões macro depende diretamente daqueles que participam do processo. Dessa forma, afirma Susana Henriques da Costa, o “processo

---

<sup>453</sup> Em inglês, *adjudication*. Na tradução para o português, foi usado o termo “adjudicação” – opta-se aqui por um termo diferente.

<sup>454</sup> FISS, The forms of justice, p. 8–9.

<sup>455</sup> *Ibid.*, p. 13–14.

<sup>456</sup> “All can strive to give meaning to constitutional values”. *Ibid.*, p. 13.

<sup>457</sup> Essa independência do juiz se manifesta de três formas: em relação às partes, em relação ao próprio Judiciário e sua hierarquia, e no seu isolamento político, que permite que ele tome decisões politicamente impopulares. FISS, Owen M., The right degree of independence, in: **The law as it could be**, New York: New York University Press, 2003, p. 60–61.

se torna um canal de participação popular – na definição dos princípios constitucionais, na definição de políticas públicas e na fiscalização de agentes públicos<sup>458</sup> e permite que, de fato, a população participe da disputa pelo poder de dizer o direito.

Problemas de macrojustiça, focados no impacto causado na coletividade, são extremamente complexos e se relacionam uns com os outros como uma rede de cabos tensionados, em que a força aplicada a um afeta todos os demais, alguns mais e outros menos intensamente.<sup>459</sup> Para compreendê-los, é preciso obter informações, não só técnicas, mas também (e principalmente) referentes às pessoas que sofrem as violações de direitos. Obviamente, o magistrado não tem o conhecimento necessário para resolver questões de macrojustiça e precisa da participação de várias pessoas para suprir essas deficiências.

A ideia de participação aqui defendida vai muito além de intervenções de terceiros ou mesmo da figura do *amicus curiae*. Pensa-se na possibilidade de participação informal dos interessados e na consulta dos que serão potencialmente afetados pelo desfecho do processo.<sup>460</sup> O juiz deve, portanto, assumir uma postura ativa (outra das características do novo modelo de processo) na busca dos pontos de vista das vítimas das violações e de todos os afetados (inclusive daqueles que fazem parte da instituição violadora).<sup>461</sup>

A preocupação em promover um ideal de participação processual distinto do que se aplica hoje é um dos meios pelos quais o Judiciário pode se adequar à necessidade de democratização das instituições. Como já mencionado, essa

---

<sup>458</sup> DA COSTA, A participação popular nas escolhas públicas por meio do Poder Judiciário, p. 234.

<sup>459</sup> A figura ilustrativa é de Lon Fuller, que chama problemas dessa espécie de policêntricos, destacando que eles estão presentes em todos os processos (embora não em igual intensidade).. FULLER, Lon L., The forms and limits of adjudication, **HARVARD LAW REVIEW**, p. 353–409, 1978, p. 395 A perspectiva de Fuller, porém, é individualista e ele se opõe à resolução desses problemas pelo Judiciário porque não dispensa a participação de cada indivíduo no processo; FISS, The forms of justice, p. 33–35.

<sup>460</sup> Sérgio Cruz Arenhart ressalta a necessidade de superar a visão dualista de contraditório em processos estruturais. ARENHART, Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão.

<sup>461</sup> Entende-se que essa postura está de acordo com o princípio de cooperação processual do novo CPC (art. 6º), transformado em um dever para as partes e para o juiz.

necessidade não é só dos tribunais, mas de todas as instituições; e embora a renovação da participação não seja, em si, suficiente para atendê-la, certamente contribui para sua realização.

O processo coletivo, como já se viu, enfrenta diversos problemas que podem fazer com que o enfrentamento das questões de macrojustiça não se concretize. Um desses problemas, abordado no primeiro capítulo, está no alto risco da busca pela tutela coletiva. Parte desse risco é causado pelo apego às categorias e ao formalismo que advém dessa posição – esse problema já foi trabalhado no capítulo anterior e entende-se que a flexibilização pode minimizá-lo.

Outro problema deriva justamente da análise unilateral de uma ou algumas poucas questões de macrojustiça no processo, gerada muitas vezes pela aplicação dos instrumentos controladores da atividade política do Judiciário. Tome-se a reserva do possível. Aplicada unilateralmente, ela pode causar a negação de qualquer pedido postulado frente ao Estado. Todos os entes federativos do Brasil são altamente endividados: nesse sentido, não há dinheiro sobrando. Esse mecanismo exige que o magistrado questione o que pode ser razoavelmente exigido levando em conta a escassez de recursos e não há nada que o impeça de entender que todos (ou quase todos) os pedidos são irrazoáveis no contexto brasileiro – mesmo, por exemplo, medicamentos da lista do SUS que não estão disponíveis nos postos de saúde. Essa aplicação da reserva do possível faz com que o juiz considere pontos que vão além da microjustiça do caso, mas essa consideração só envolve problemas orçamentários imediatos e superficiais, deixando de lado outras questões relevantes e até mesmo uma avaliação mais completa acerca da razoabilidade financeira.<sup>462</sup>

A aplicação dos instrumentos de controle, além de exigirem que o magistrado faça juízos políticos (e falharem em seu objetivo principal, como visto no primeiro capítulo), podem prejudicar as discussões sobre violações de direitos por parte do Estado, justamente por seu ponto de vista unilateral.

Os problemas do processo coletivo, somados à complexidade das questões de macrojustiça e às limitações do Judiciário (sobrecarga, preparo dos juízes para

---

<sup>462</sup> Como, por exemplo, o cumprimento do orçamento em relação ao tema discutido no caso.

realizarem tarefas tão complicadas) revelam que o desenrolar dessas discussões – e a realização de reformas estruturais – não será nada simples. Mas as dificuldades não afastam o fato de que a realidade social contemporânea não é individualista e que o bem-estar de cada pessoa está ligado ao comportamento de grupos sociais e instituições. O modelo de processo proposto ao menos reconhece essa realidade.<sup>463</sup> Já se viu que as tentativas de negá-la tendem a falhar.

## 5.2. Preferência pela tutela específica

A efetivação das decisões judiciais constitui um campo específico de estudos nos Estados Unidos, chamado *Remedies*, construído, em sua maior parte, pelos tribunais. As formas de efetivação, os critérios para sua implementação e a possibilidade de modificação das medidas foram todos estabelecidos dentro de casos concretos, mas com a intenção de serem aplicados a outros casos, não necessariamente análogos em termos de questões de fato e de direito envolvidas.<sup>464</sup> O que norteia a aplicação do mesmo *remedie* a outro caso são justamente as peculiaridades da efetivação das decisões e as possíveis resistências encontradas.

Na verdade, a ideia de *remedie* por vezes supera o que se entende por efetivação de decisões no Brasil, porque vai além da escolha dos meios executivos. Ela se refere, genericamente, à ação que deve ser tomada pelo Judiciário frente à violação de um direito e ao dano causado. O estudo de *remedies* muda o foco da violação para a sua reparação ou prevenção, atestando que eles não são mecanicamente extraíveis da primeira, e devem ser pensados de acordo com o caso e com suas circunstâncias reais.<sup>465</sup>

---

<sup>463</sup> FISS, Owen, Coda, **University of Toronto Law Journal**, v. 38, n. 243, p. 229–244, 1988, p. 237.

<sup>464</sup> Os *remedies* são construídos num contexto que é altamente *substantive*, nos termos da doutrina estadunidense, indicando sua vinculação aos aspectos de direito material e ao caso; mas paradoxalmente devem ser aplicados de maneira *trans-substantive*, a casos parcialmente distintos, desconsiderando algumas peculiaridades do caso concreto.

<sup>465</sup> LEVINE; JUNG; THOMAS, **Remedies**, p. 1–2.

O arranjo, complexo, e até mesmo paradoxal, estabelece soluções criativas para problemas reais. Dessa forma, foi possível iniciar as reformas estruturais (reforma de burocracia estatal para pôr um fim a violações recorrentes de direitos, trabalhada a seguir) via Judiciário: com a flexibilidade de um esquema construído jurisprudencialmente e altamente adaptável.

Isso não acontece no cenário brasileiro, mas não há impedimento legal para que possa acontecer. A Constituição estabelece o direito fundamental à tutela efetiva, e os arts. 536 e 537 do NCPD dão ao magistrado amplos poderes executivos para efetivar suas decisões. O rol de medidas mencionadas nos artigos é claramente exemplificativo, o que significa que cada juiz pode criar a medida coercitiva ou sub-rogatória necessária para o cumprimento de suas ordens. Além disso, o art. 139, IV, permite que o juiz determine todas as medidas “indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias” para assegurar o cumprimento da ordem judicial “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Apesar de o CPC manter, de certa forma, a tipicidade dos meios executivos para obrigações de pagar quantia (constituindo basicamente em penhora e expropriação) nos arts. 523 a 527, esse inciso parece abrir a possibilidade de flexibilização desses meios.<sup>466</sup>

Conforme exposto anteriormente, a execução de sentença que obriga a pagar quantia certa contra a Fazenda Pública segue regras diferenciadas (arts. 534 e 535): ela não está sujeita à multa pelo não pagamento voluntário e dispõe de prazo de 30 dias para impugnar a execução, não sendo obrigada a pagar antes disso.

Se o valor da condenação é relativamente baixo – inferior a 60 salários mínimos no âmbito federal –, o cumprimento da decisão se dará por requisições de pequeno valor (RPVs). Caso contrário, a parte exequente passa a aguardar na fila para o pagamento de precatórios, pois o juiz não tem liberdade de impor medidas coercitivas nem quaisquer outras medidas executivas. A efetividade da tutela jurisdicional pode ser comprometida pela ausência dessas medidas, mas em relação à tutela contra a Fazenda Pública o problema é ainda maior: se o valor da execução for

---

<sup>466</sup> Defendendo essa interpretação: MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Direito Processual Civil: tutela de direitos mediante procedimento comum**, p. 702–703.

alto, a inefetividade total da tutela é praticamente inevitável. O regime de precatórios faz com que as decisões contrárias à maior parte dos entes federados sejam totalmente ineficazes por tempo indeterminado, já que não se pode estimar quando a dívida será quitada. O exequente não recebe nada, aguarda por décadas e, quando recebe (se recebe), o valor da prestação está deteriorado em razão dos juros e índice de correção monetária aplicados.

O cumprimento de prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa em face do Estado, entretanto, sujeita-se à mesma flexibilidade de meios coercitivos e subrogatórios que os casos contra particulares. Portanto, as demandas contra o Estado devem preferencialmente ser efetivadas dessa maneira. Obviamente, não se está afirmando que não é possível requerer prestação de pagar quantia frente o Poder Público – é possível, mas essas decisões judiciais não propiciam hoje qualquer tutela frente às frequentes e repetidas violações de direitos por parte do Estado, justamente por causa dos precatórios.<sup>467</sup>

Qualquer demanda proposta contra o Estado em face de violações de direitos deve ser pensada a partir dessa constatação, indo além da prevalência da tutela específica sobre o equivalente monetário.<sup>468</sup> Trata-se de algo mais: não apenas uma recomendação ao magistrado, que não deve converter uma prestação de fazer, não fazer ou entregar coisa em seu equivalente pecuniário (a não ser em casos excepcionais);<sup>469</sup> mas também uma recomendação aos autores e representantes dos autores nos casos contra a Fazenda. As ações devem ser pensadas a partir dessas limitações, pois o regime atual de cumprimento das condenações em pecúnia é insatisfatório. É recomendável se pensar em prestações de fazer ou não fazer que

---

<sup>467</sup> Também porque a obrigação de pagar a um cidadão que teve seus direitos violados não implica o cessamento da conduta violadora, nem a obrigação de indenizar a todos na mesma situação.

<sup>468</sup> MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 283–285.

<sup>469</sup> A indenização pode, entretanto, ser melhor que a tutela específica. Essa possibilidade não é apreciada por parte da doutrina brasileira, mas condenar o réu a pagar uma indenização pode ser mais adequado que conceder a tutela específica nos casos em que o litigante que busca essa tutela não age de boa-fé. Isso aconteceu em *eBay Inc. v. Mercexchange L.L.C.* (Mercexchange é um *patent troll*, que patenteia etapas de processos, mesmo se elas não possuem utilidade alguma de maneira isolada e lucra dos acordos de licença dessas patentes para empresas que de fato utilizam os processos para algum fim). No caso, o Judiciário condenou o *eBay* a indenizar pelo uso irregular do processo patenteado, mas não proibiu seu uso independente de licença.



possam impedir a futura violação de direitos mesmo em casos que claramente versam sobre prestações pecuniárias.<sup>470</sup>

Nos Estados Unidos, a prevalência de *injunctive reliefs* (ordens de fazer ou não fazer) sobre *damages* (condenação ao pagamento de indenizações) nos casos que envolvem violações à Constituição<sup>471</sup> pode ser analisada a partir de suas vantagens ou de suas falhas, já que essa preponderância acarreta consequências negativas e positivas. A situação dos EUA é bastante distinta da brasileira, pois os *damages* mencionados dizem respeito a indenizações pela violação de direitos estabelecidos na Constituição por parte de agentes públicos, casos raros no Brasil – muitos dos processos em que o Estado é réu, como se viu, envolvem o INSS, e os autores geralmente buscam a concessão ou revisão do benefício, sem pensar em requerer indenizações pela conduta reiteradamente ilegal da autarquia.

Embora a indenização por práticas ilícitas seja uma forma de estabelecer responsabilidade que tende a gerar efeitos preventivos para o futuro – afinal, a primeira condenação pode ser seguida de outras tantas, se a violação continuar –, dar privilégio às ordens altera o foco do caso do passado (da violação que aconteceu no passado) para o futuro (a necessidade de prevenir futuras violações). Ao invés de destinar recursos financeiros para a indenização de um ato ocorrido anteriormente, esses recursos e outros (como recursos humanos) são orientados para a prevenção futura e para impedir que violações continuem ocorrendo. Valorizar o futuro ao invés do passado significa investir na construção de instituições melhores, em detrimento de buscar um falso estado de harmonia que na verdade nunca existiu.

---

<sup>470</sup> Isso é verdadeiro na esfera individual mas se torna particularmente interessante ao se pensar na coletivização desses casos.

<sup>471</sup> Isso não é verdadeiro para todos os casos - trata-se aqui, especificamente, das violações à Constituição. Em relação a contratos, *damages* são o *remedy* previsto em lei; enquanto *specific performance* (a obrigatoriedade de cumprimento do contrato), forçada através de uma *injunction*, está sujeita ao poder discricionário das cortes, que são livres para conceder ou não tal ordem. Geralmente, opta-se pela alternativa mais eficiente economicamente, sem se preocupar com a necessidade de cumprimento do que foi pactuado. Cf. SCHWARTZ, Alan, *The Case for Specific Performance*, **Yale Law Journal**, v. 89, n. 271, p. 270–306, 1979; SHAVELL, Steven, *Specific Performance versus Damages for Breach of Contract*, **Harvard's John M. Olin Center for Law, Economics and Business**, v. Discussion paper no. 532, 2005.

Além disso, a ideia de que a condenação a pagar indenizações possa ter efeitos preventivos depende necessariamente da internalização dos custos da condenação – por exemplo, se a violação de direitos garante ao Estado ganhos de  $x$ , a indenização deve ser no valor mínimo de  $x$ , para induzir o Estado a internalizar os “custos” de agir da maneira legalmente exigida. Idealmente, o Estado não deveria fazer tais cálculos e a internalização dos custos da atitude lícita seria automática e obrigatória. Deixando de lado essa constatação idealizada e supondo que o Poder Público faria cálculos similares, bastaria estabelecer indenizações superiores a  $x$  para provocar a internalização dos custos e a prevenção de violações futuras. Entretanto, pesquisas na área de análise econômica do direito indicam que o governo não internaliza custos da mesma forma que agentes privados, e mesmo que as indenizações fossem maiores que  $x$ , o efeito preventivo poderia não se dar. Isso se dá por diversos fatores, como a ausência de vinculação dos atos dos funcionários públicos aos custos da atividade estatal (o funcionário que tem o poder de decidir, por exemplo, não faz esses cálculos). Assim, ordens de fazer ou não fazer (*injunctive relief*) e mesmo os provimentos estruturais (*structural injunctions*) seriam melhores alternativas às condenações a indenizar.<sup>472</sup>

Considerando as preocupações apontadas no início do capítulo; que casos envolvendo violações de direitos por parte do Estado tendem a atingir muitas pessoas; e que no Brasil essas violações podem ser reiteradas apesar de ações individuais já terem evidenciado a ilicitude das práticas envolvidas; o foco no futuro e na tutela específica se revelam necessários. Além disso, essa necessidade é reforçada pela inefetividade das condenações em dinheiro, causada pelos precatórios, e por sua incapacidade de gerar efeitos preventivos.

O estabelecimento da prevalência de ordens sobre condenações em pecúnia também procura minimizar possíveis consequências negativas da decisão para outros cidadãos.<sup>473</sup> As condenações a indenizar, mesmo que não fossem obstruídas pelo

---

<sup>472</sup> LEVINSON, Daryl J., Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs, *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 2, p. 345–420, 2000, p. 416–417.

<sup>473</sup> LEVINE; JUNG; THOMAS, *Remedies*, p. 364.

sistema de precatórios, saíam das receitas públicas e poderiam gerar impacto em outras tantas decisões e políticas do governo. Obviamente, muitas ordens podem trazer consequências financeiras para o Estado, mas qualquer proposta que pretendesse zero impacto financeiro em todos os casos não seria realista. Apenas se deseja defender que o foco em ordens e no futuro pode minimizar o impacto orçamentário e atingir um maior número de pessoas – além de prevenir processos futuros.

### 5.3. Reforma estrutural

#### *a) Reformando instituições violadoras de direitos*

As *civil rights injunctions* se tornaram mais ou menos frequentes nas cortes federais dos Estados Unidos a partir da decisão de *Brown*. Curiosamente, esse uso das *injunctions* rompeu com uma tradição conservadora que havia causado que essas medidas fossem encaradas pelo Judiciário como a última opção, a ser usada somente em casos extraordinários.

Tradicionalmente, os *remedies* eram classificados em ordem hierárquica e as *injunctions* ocupavam um lugar muito baixo nessa hierarquia, sendo empregada apenas quando todas as outras opções fossem incapazes de efetivar a decisão judicial. Nesse contexto, elas eram usadas para a proteção de direitos de propriedade, particularmente aqueles envolvendo terras.<sup>474</sup>

No final do século XIX, elas começaram a ser utilizadas para impedir a formação de sindicatos e outras organizações de trabalhadores, e para interromper greves, tendo, portanto, um caráter preventivo (*preventive injunctions*). Isso perdurou até que, na década de 30, esse tipo de *injunction* foi proibida por lei.<sup>475</sup>

O passado contribuiu para que essas medidas de efetivação permanecessem na mais baixa hierarquia possível, mas essa tradição foi parcialmente rompida a partir de *Brown*, que colocou em foco as *injunctions* que não eram preventivas, mas reparadoras

---

<sup>474</sup> FISS, Owen M., **The civil rights injunction**, Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 1.

<sup>475</sup> As cortes federais foram proibidas de emitirem *labor injunctions* pelo *Norris-LaGuardia Act*, de 1932.

e/ou estruturais. As medidas ou provimentos reparadores buscam retificar os efeitos de uma violação de direitos ocorrida no passado.

As medidas estruturais (*structural injunctions*), por outro lado, realizam a reforma de uma instituição para impedir que ela siga violando os direitos dos cidadãos,<sup>476</sup> constituindo, na verdade, uma série de decisões complexas que pode perdurar por muitos anos – décadas, inclusive (*Brown* foi encerrado em 1999<sup>477</sup>). Existe, além da fase de emissão da medida, uma fase de implementação, em que o juiz verifica o cumprimento das ordens e as adapta se necessário. Uma medida estrutural é composta, portanto, de ciclos de ordens suplementares. A cada ciclo, as ordens se tornam mais específicas.<sup>478</sup>

A primeira medida emitida geralmente é baseada em um plano elaborado pela própria instituição que é ré no processo, numa tentativa de utilizar os seus conhecimentos e experiência no planejamento. O plano é submetido à análise do autor ou autores, que podem impugnar pontos específicos. É importante ressaltar que nem sempre a reforma estrutural começa com uma *class action*, especificamente com uma do tipo (b)(2).<sup>479</sup> *Brown* foi o julgamento de uma série de ações individuais contra a segregação, reunidas para serem examinadas pela Suprema Corte. A reforma das prisões no Texas (ver próximo ponto) foi iniciada por uma ação individual, à qual outros presos foram aderindo até se tornar uma *class action* representativa de todos os presos do estado. Ressalte-se a flexibilidade na formação do processo em que é realizada a reforma estrutural – ela é importante para garantir sua eficácia e a proteção de todas as vítimas.

---

<sup>476</sup> FISS, *The civil rights injunction*, p. 7.

<sup>477</sup> ZARING, David, National Rulemaking through Trial Courts: The Big Case and Institutional Reform, *UCLA Law Review*, v. 51, p. 1015–1078, 2004, p. 1019–1020.

<sup>478</sup> FISS, *The civil rights injunction*, p. 9–10 e 35–36.

<sup>479</sup> Segundo a Regra 23, esse tipo ocorre quando “a parte contrária à classe agiu ou se recusou a agir por motivos que se aplicam genericamente à classe, de modo que uma ordem (de fazer ou não fazer) final ou uma decisão declaratória é apropriada, tratando a classe como um todo.” Tradução livre: “*the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole*”. É o tipo de *class action* que não permite que o indivíduo se exclua do caso (ele não tem direito a *opt out*).

Nessa fase de elaboração, é importante que seja assegurada a máxima participação de todos os envolvidos e interessados. Após isso, o plano é analisado pelo juiz, que pode redefini-lo para adequar os meios, prazos e metas da reforma. Até o cumprimento final do plano, a corte mantém o caso aberto e supervisiona sua realização.<sup>480</sup>

Se existe resistência para o cumprimento da ordem, geralmente o juiz emite uma nova ordem suplementar. A coerção e a aplicação de sanções por *contempt of court* (ver próximo ponto) são vistas como último recurso e evitadas ao máximo. Dessa forma, a implementação do plano se dá vagarosamente. A lentidão e gradação das ordens podem ser atribuídas a questões políticas (ir devagar para conquistar o apoio da população e dos próprios servidores da instituição), mas também à incerteza acerca do próprio plano (a complexidade faz com que ela seja perene) e aos obstáculos encontrados.<sup>481</sup>

Para verificar e supervisionar o cumprimento do plano, o juiz pode nomear um *special master*, algo como um administrador judicial.<sup>482</sup> Ele geralmente é escolhido por sua expertise em alguma área considerada necessária para a reforma e, por isso, mais de um pode ser nomeado ao mesmo tempo ou sucessivamente. Mas o administrador não só cuida da execução do plano: ele tem um papel importante como representante dos interessados no caso. Um *special master* pode ser nomeado especificamente para isso, expressando os interesses, necessidades e reivindicações dos envolvidos ao longo de todos os anos da reforma<sup>483</sup> – a participação não se dá, portanto, somente nas fases iniciais.

Muitas dessas reformas exigem recursos financeiros e eles são obtidos através das *structural injunctions*. Existem vários casos que estabelecem reservas de orçamento, que atribuem a responsabilidade de prover recursos a mais de um ente da

---

<sup>480</sup> Fiss alerta que a construção do decree a partir de um plano elaborado pela instituição na verdade não limita a atuação do juiz. FISS, Owen M., Dombrowski, **The Yale Law Journal**, v. 86, n. 6, p. 1103–1164, 1977, p. 1155.

<sup>481</sup> FISS, **The civil rights injunction**, p. 36.

<sup>482</sup> A figura do *master* é prevista na Regra 53 das *Federal Rules of Civil Procedure*.

<sup>483</sup> FISS, *The forms of justice*, p. 23.

federação (vinculando o estado a um problema que era aparentemente só da municipalidade, por exemplo) ou que determinam que sejam criados tributos específicos para levantar fundos.<sup>484</sup>

Nota-se que todas as afirmações feitas até aqui sobre as medidas estruturais fazem referência à sua aplicação, o que não é por acaso. Os processos de reforma estrutural revolvem em torno da implementação e efetivação e são voltados ao futuro e à construção de uma nova instituição que não viole mais direitos. Pela complexidade e grande número de envolvidos, o processo não se preocupa em apontar culpados e estabelecer responsabilidade pelas violações.

Após *Brown*, várias escolas, prisões (casos relatados a seguir), hospitais psiquiátricos, instituições de assistência social a crianças e instituições de moradia foram reformados em todo o país. A teoria acerca da reforma estrutural (ou institucional) e das medidas estruturais foi sendo construída enquanto esses casos se desenrolavam, capitaneada pelos trabalhos de Owen Fiss<sup>485</sup> e Abram Chayes,<sup>486</sup> que defenderam sua legitimidade e importância. Desde então, diversos autores e pesquisadores têm se ocupado de pesquisar as reformas, criticando-as ou defendendo-as.

A complexidade da reforma estrutural permite que ela seja analisada a partir de diferentes perspectivas: unilateralmente ou multilateralmente. O ponto de vista unilateral ressalta o papel do juiz, entendendo que as *structural reforms* reinventaram a função e o comportamento das cortes nos Estados Unidos. Chayes e Fiss defendem

---

<sup>484</sup> Isso aconteceu no caso *Jenkins II*, que envolveu de-segregação de escolas. Nele, a Suprema Corte afirmou a possibilidade do Judiciário determinar a criação de um imposto (a ser cobrado dos habitantes que seriam beneficiados pela escola) para financiar a reforma. Esse caso é polêmico pela atribuição de grande poder às cortes, mas é também interessante porque a estratégia das cortes foi peculiar. Ao perceberem que a de-segregação era frustrada pelos brancos, que passaram a deixar Kansas City (onde se passou o caso) e ir morar nos subúrbios, as cortes criaram escolas atrativas (*magnet schools*) para provocar a volta das famílias. Os recursos foram necessários para transformar as escolas da cidade nas melhores escolas do Estado (talvez do país), com instalações de ponta e professores bem remunerados. O caso começou em 1977, durou até 1995 e chegou três vezes na Suprema Corte (*Jenkins I, II e III*). Na terceira vez, a corte decidiu que essa estratégia de de-segregação atrativa era ilegal. *Jenkins II*, entretanto, não foi revogado e é um precedente em vigor (é *good law*).

<sup>485</sup> FISS, *The forms of justice*, escrito em 1979.

<sup>486</sup> CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, escrito em 1975.

essa posição – foi, portanto, o primeiro entendimento adotado.<sup>487</sup> Os autores que a adotam hoje tendem a se concentrar no trabalho conjunto dos juízes, que vêm construindo diretivas (na prática) para o desenvolvimento das reformas. Os primeiros casos envolvendo determinada instituição servem como teste e exemplo para os demais.<sup>488</sup>

A abordagem unilateral trabalha a legitimidade das reformas a partir do contexto geral, ressaltando que os juízes não podem permanecer inertes frente a violações de direitos que se repetem sem que o Legislativo ou o Executivo tomem medidas para contê-las. Ao tratar das condutas violadoras, o Judiciário está apenas executando sua função tradicional (proteger direitos),<sup>489</sup> que só parece excessivamente ampla pela complexidade dos problemas contemporâneos e pela inação dos demais poderes frente a eles.

Já a perspectiva multilateral afirma que a reforma estrutural distribui os poderes entre as partes e interessados e ressaltam que o juiz é apenas uma das figuras atuantes – para alguns, ele é até a menos importante e poderosa de todas. O próprio Chayes já percebia que esse tipo de processo promovia a participação ativa das pessoas, muito mais que em um processo de resolução de disputas tradicional.<sup>490</sup>

A reforma, assim, seria comandada por um comitê *ad hoc* independente, formado pelas pessoas afetadas pelas violações de direitos (mais precisamente, por um grupo delas), pelos advogados, funcionários públicos que trabalham na instituição violadora e por experts. Essa perspectiva dá conta do crescente número de acordos firmados para a realização das reformas estruturais (*consent decrees*) em oposição ao ideal conduzido pelo juiz que atribui significado aos valores constitucionais.<sup>491</sup>

---

<sup>487</sup> ZARING, National Rulemaking through Trial Courts, p. 1021 e ss.

<sup>488</sup> RUBIN, Edward L.; FEELEY, Malcolm M., Judicial Policy Making and Litigation Against the Government, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 617–664, 2002.

<sup>489</sup> *Ibid.*, p. 635.

<sup>490</sup> CHAYES, The Role of the Judge in Public Law Litigation, p. 1308.

<sup>491</sup> SCHOENBROD, David S.; SANDLER, Ross, **Democracy by decree: what happens when courts run the government**, New Haven: Yale University Press, 2003, p. 7 e ss.

As duas abordagens dão espaço para defensores e críticos das *structural reforms*. Os unilateralistas que as veem sob lentes positivas, como Fiss, ressaltam que os juízes de fato atribuem significado aos valores constitucionais ao impedirem as violações de direitos nas instituições burocráticas, promovendo equidade. Os multilateralistas com essas mesmas lentes afirmam que elas promovem a participação da população, o que integra as comunidades e torna a reforma mais eficiente (porque atende precisamente às suas necessidades).<sup>492</sup>

A partir do ponto de vista negativo e unilateral, os juízes são megalomaníacos ao entenderem que podem realizar as reformas e o poder concentrado neles é ilegítimo.<sup>493</sup> Multilateralmente, os juízes são vistos como supervisores passivos, que não têm quase controle do desenrolar do processo. Para esses, os acordos firmados atendem aos interesses de governantes com propostas malucas que não têm apoio ou recursos financeiros para executá-las (por isso recorrem às cortes); aos funcionários da instituição violadora que desejam a mudança das práticas mas não têm apoio de superiores hierárquicos; e ao “grupo controlador” que representa as vítimas. O grupo controlador é extremamente criticado por perder de vista os interesses dos representados e por não trabalhar de forma suficientemente aberta e pública.<sup>494</sup>

Existe também uma terceira perspectiva, que ambiciona ser mais realista e reconhece o papel do juiz e das partes no processo – afinal, o acordo é sempre cumprido sob a autoridade do juiz, que pode punir os responsáveis pelo descumprimento através do *contempt of court*. A atuação de todos seria muito pragmática, inviabilizando o objetivo de significação da Constituição realizada pelas cortes – os juízes e interessados escolhem entre alternativas factíveis limitadas, não tendo liberdade para a esperada atribuição de significado.<sup>495</sup>

---

<sup>492</sup> ZARING, National Rulemaking through Trial Courts, p. 1036.

<sup>493</sup> Como em DI IULIO, John J., **Governing prisons: a comparative study of correctional management**, New York & London: Free Press, 1987.

<sup>494</sup> SCHOENBROD; SANDLER, **Democracy by decree: what happens when courts run the government**, p. 114 e ss.

<sup>495</sup> ZARING, National Rulemaking through Trial Courts, p. 1017 e 1039.



Qualquer que seja a perspectiva adotada, não se pode negar que a maioria das reformas estruturais é (e foi) realizada via acordo. Os *consent decrees* são duramente criticados por Fiss, que sempre se preocupou com a possibilidade de que o foco em efetivação e na instrumentalidade desvirtuassem as reformas (os direitos se adaptariam aos remédios, e não o contrário).<sup>496</sup> Com os acordos, essa possibilidade se torna praticamente uma certeza: os juízes homologam o decidido pelas partes sem ter conhecimento do caso (pois não ouviram testemunhas ou apreciaram outras provas) e emprestam sua autoridade a algo que não foi, de fato, decidido por ele. Um acordo é apenas uma forma de trazer harmonia e resolver conflitos e, no modelo de processo proposto por ele, essa não é a função das cortes.<sup>497</sup> Não há espaço para significação de valores constitucionais em um acordo que sequer estabelece a responsabilidade da instituição pelas violações de direitos.<sup>498</sup>

Não há como negar, entretanto, que os acordos realmente promovem a participação das partes, vítimas e interessados, e que conseguem de fato vincular os futuros governantes e representantes eleitos (em tese, mais facilmente que as decisões), facilitando a continuidade da reforma ao longo dos anos.<sup>499</sup> Além disso, as reformas surgiram com o foco em efetividade e não em responsabilização. Muitos dos acordos judiciais são cuidadosamente detalhados e envolvem o Legislativo na discussão para o estabelecimento da destinação gradual de recursos à execução do acordado. Um exemplo de *consent decree* extremamente pormenorizado é o que foi firmado no caso *U.S. v. Delaware*, que denunciou as violações de direitos perpetradas pelo sistema de tratamento psiquiátrico do estado. O governo não admitiu a responsabilidade pelo ocorrido, mas concordou com um amplo plano para a reforma total do sistema (o acordo encontra-se anexado à tese).

---

<sup>496</sup> “The remedy tailors the right” FISS, Objectivity and interpretation, p. 167–170.

<sup>497</sup> FISS, Owen M., Against settlement, **Yale Law Journal**, v. 93, p. 1073–1092, 1983; o entendimento foi reforçado 25 anos depois em FISS, Owen, The History of an Idea, **Fordham L. Rev.**, v. 78, p. 1273–1280, 2009.

<sup>498</sup> Cf. p. 2 do *consent decree* em *U.S. v. Delaware*, em anexo.

<sup>499</sup> ZARING, National Rulemaking through Trial Courts, p. 1033–1035.

Os críticos das reformas tendem a menosprezar sua importância e afirmar que elas são coisa do passado – que deixaram de acontecer por terem produzidos resultados insatisfatórios. Na verdade, elas seguem sendo realizadas nas mais diversas áreas,<sup>500</sup> e as que versam sobre moradias e de-segregação de vizinhanças foram iniciadas nos anos 90.<sup>501</sup> As *structural reforms* continuam apesar de fortes golpes contra elas. Alguns deles foram golpes contra as *class actions* em geral (como a aprovação do *Class Action Fairness Act* em 2005<sup>502</sup>), outros foram ataques diretos às reformas (como a aprovação do PLRA, *Prison Litigation Reform Act*, em 1996, abordado a seguir). O seu prosseguimento ficou, entretanto, muito mais difícil, pois não só a Suprema Corte se tornou mais conservadora nos últimos anos, como todo o Judiciário Federal.<sup>503</sup> A estratégia de conservadorização das cortes não é só amplamente analisada pelos doutrinadores:<sup>504</sup> ela é abertamente discutida em relatórios do *Department of Justice* (equivalente ao Ministério da Justiça) durante os governos republicanos, em especial o de Ronald Reagan.<sup>505</sup>

Frequentemente, a legitimidade das reformas estruturais é questionada devido ao suposto fracasso do seu primeiro objetivo: a de-segregação das escolas. De fato, as escolas nos Estados Unidos permanecessem segregadas entre brancos e negros, mesmo com o fim da separação imposta por leis ou regulamentos. Isso foi causado pela própria visão conservadora do Judiciário, que nos últimos anos tem dado a *Brown* uma

---

<sup>500</sup> SCHLANGER, Margo, Civil rights injunctions over time: A case study of jail and prison court orders, *New York University Law Review*, p. 550–630, 2006, p. 554.

<sup>501</sup> ZARING, National Rulemaking through Trial Courts, p. 1020.

<sup>502</sup> O CAFA é uma lei que, apesar do nome, tornou a certificação (procedimento inicial que verifica a presença dos requisitos para a continuidade da *class action* e checa a representatividade daqueles que a propuseram) muito mais difícil, por forçar que elas migrem para as cortes federais, que passaram por um processo de conservadorização e tendem a negar.

<sup>503</sup> Em 1992, 76% dos juízes federais haviam sido nomeados por presidentes republicanos. Esse número diminuiu durante o governo Clinton, mas os juízes nomeados por eles se revelaram menos radicais (à esquerda) que os conservadores. SCHLANGER, Civil rights injunctions over time, p. 595 e ss.

<sup>504</sup> JOHNSEN, Dawn E., Ronald Reagan and the Rehnquist Court on Congressional Power: Presidential Influences on Constitutional Change, *Indiana Law Journal*, v. 78, p. 363, 2003.

<sup>505</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, Office of Legal Policy, **Report to the Attorney General - Justice without law: a reconsideration of the “broad equitable powers” of the federal courts**, [s.l.: s.n.], 1988.

interpretação restritiva: entende-se que o objetivo da decisão não era a criação de escolas integradas, mas sim de impedir a segregação estabelecida na lei (*de iure*).<sup>506</sup> O entendimento menospreza as causas da divisão social que hoje é reproduzida *de facto* – ela foi produzida por décadas de segregação *de iure*, que gerou vizinhanças separadas e impossibilitou a convivência entre brancos e negros. A decisão em *Brown*, ao contrário do que pensam os conservadores, estabelece claramente que a integração era necessária, pois escolas racialmente divididas eram (e são) inerentemente ruins por reforçar a hierarquia entre raças forjada durante toda a história dos EUA, dando continuidade ao preconceito que marca o cotidiano dos estadunidenses.<sup>507</sup> Ainda assim, não há como negar que a famosa decisão foi o estopim da movimentação popular e política que levou à aprovação das leis que consagram os direitos civis dos negros no país.<sup>508</sup>

O atual cenário confirma o “contra-diagnóstico” desse trabalho, que enfatiza que as cortes pouco podem fazer sozinhas e que o sucesso ou fracasso das tentativas de implementação de direitos pelo Judiciário dependem do contexto e da configuração de outros fatores políticos. Fato é que as reformas estruturais continuam movimentando as cortes e influenciando juristas em todo o mundo, inclusive na América Latina.<sup>509</sup>

Já existe reforma estrutural no Brasil.<sup>510</sup> Um dos maiores exemplos é a ação civil pública do carvão,<sup>511</sup> que versa sobre os danos ambientais gerados pela mineração de carvão em Santa Catarina entre 1972 e 1989. Ela foi ajuizada em 1993 e ainda está sendo executada – verifica-se a implementação de um plano detalhado para a

---

<sup>506</sup> Esse entendimento foi firmado em *Jenkins III*, que afirmou que as cortes não deveriam fazer nada em relação à segregação *de facto*. O caso foi julgado após a substituição do juiz Thurgood Marshall, negro, ex-advogado da NAACP que trabalhou no caso *Brown* e militante da de-segregação; pelo juiz Clarence Thomas, também negro e extremamente conservador.

<sup>507</sup> MINOW, What Brown awakened, p. 19–31.

<sup>508</sup> Conforme o primeiro excuro.

<sup>509</sup> Ver exemplos em FERRARO, **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**, p. 19 e ss.

<sup>510</sup> Além dos autores brasileiros citados, também trata da reforma estrutural: VIOLIN, Jordão, **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 145 e ss.

<sup>511</sup> ACP n.o 93.80.00533-4/JFSC, 1.a Vara Federal de Criciúma, tratando dos danos até 1989 e que engloba a ACP n.o 2000.72.04.003574-3/JFSC, referentes aos danos posteriores a essa data.

recuperação da região elaborado em seis meses pelos réus. A decisão transitou em julgado em 2014, mas a longa execução (que pode ser dividida em quatro grandes fases) começou, seguindo os ditames da execução provisória, em 2000.<sup>512</sup>

Em 2002, uma ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro buscando o fornecimento de medicamentos a hipossuficientes. A ação foi proposta em face do estado e do município e logo ao início foi realizada uma audiência que resultou num acordo para a criação de uma central de atendimento que organizasse a distribuição.<sup>513</sup> Por fim, um último exemplo do ano de 2014: o Ministério Público Federal ajuizou também uma ação civil pública contra a União e o Estado do Paraná reivindicando um plano para o fim da manutenção de presos em condições degradantes na Delegacia da Polícia Federal de Londrina. Os réus foram ordenados a elaborar um plano para a solução do problema e cumpri-lo em oito meses.<sup>514</sup> Existe, também, uma ADPF requerendo a reforma estrutural do sistema prisional do país em tramitação no Supremo Tribunal Federal, que será abordada no ponto seguinte.<sup>515</sup>

É importante destacar que a reforma estrutural já é uma realidade, que passou a existir por exigências práticas, como aconteceu nos EUA, adiantando-se às teorizações. Os exemplos brasileiros ainda não buscaram a reforma completa de uma instituição burocrática (à exceção da mencionada ADPF), mas também podem ter esse objetivo futuramente.

Para além das necessidades práticas imediatas, há que se perguntar qual a probabilidade de uma instituição violadora de direitos como o INSS ser profundamente reformada em suas práticas (não se refere aqui a alterações legislativas

<sup>512</sup> Sobre o caso, cf. FERRARO, **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**, p. 38–40; ARENHART, Sérgio Cruz, Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro, **Revista de Processo**, v. 225, p. 389, 2013; ARENHART, Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão.

<sup>513</sup> ACP n.o 0132216-49.2002.8.19.0001, 8.a Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, Rio de Janeiro. O exemplo também é de FERRARO, **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**, p. 40.

<sup>514</sup> ACP n.o 5019363-91.2014.404.7001/JFPR, 4.a Vara Federal de Londrina, também em *Ibid.*, p. 41–42.

<sup>515</sup> Para outros exemplos, ver ARENHART, Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro; FERRARO, **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**.

que alteram esse ou aquele benefício previdenciário) pelo Executivo ou Judiciário. Grandes burocracias, afinal, tendem a permanecer as mesmas no tocante à sua estrutura e “procedimentos” mesmo após a eleição de novos representantes.

As reformas são uma possível resposta para questões aparentemente insolucionáveis e podem cumprir importante papel no controle de práticas violadoras de direitos. Isso pode acontecer, inclusive, com o objetivo de proteger aqueles que a sociedade considera indignos de proteção, como se verá a seguir.

*b) A implementação de políticas públicas impopulares*

As reformas estruturais também podem ser usadas para garantir a tutela de direitos que são corriqueiramente violados institucionalmente sem receber nenhuma atenção do Poder Público. A proteção desses direitos é politicamente impopular e, por vezes, até mesmo contrária à opinião da maioria da população, de forma que o isolamento político do Judiciário, tão questionado, mostra-se curiosamente útil.<sup>516</sup>

Um bom exemplo pode ser encontrado nas prisões e carceragens brasileiras que são, via de regra, instituições violadoras de direitos. Os presos são mantidos em condições subumanas e a melhoria das instalações e dos serviços básicos está fora das prioridades estatais.

A modificação dessas políticas para o atendimento dos direitos mais básicos dos presos não possuem nenhum impulso político (*political push*) em vários países (certamente é o caso do Brasil). Assim, não é razoável esperar que os representantes eleitos irão destinar os escassos recursos públicos para causas tão impopulares, mesmo que elas representem violações de direitos humanos rigorosamente documentadas e conhecidas. A reforma estrutural pode ser uma saída para o problema.

Nos Estados Unidos, foram vários os casos de reformas estruturais nas prisões. Até a década de 60, os presídios de alguns estados eram campos de trabalhos forçados, “coadministrados” por presos que conquistavam tratamento privilegiado e podiam aplicar castigos físicos aos demais para alcançar “disciplina e dedicação” no trabalho. As reformas foram distintas em cada estado, pois partiam de contextos iniciais

---

<sup>516</sup> FISS, *The right degree of independence*, p. 60–61.

diferentes. A reação dos envolvidos na reforma também variou e, ao final, cada caso obteve resultados também díspares.

No Arkansas, as reformas foram precedidas de vários casos pontuais de sucesso que pleiteavam direitos dos presos. Neles, os dirigentes dos presídios muitas vezes assumiram posturas cooperativas, implementando mudanças rapidamente. As condições das prisões já eram conhecidas pela população: espancamento dos encarcerados com tiras de couro, trabalhos forçados, abusos por parte dos presos que obtinham posição privilegiada (e de controle dos demais) junto à administração, ausência de assistência médica e relatos de mortes não oficialmente divulgadas. Em suma, as cadeias funcionavam como uma fazenda que se valia de mão de obra escrava, em um verdadeiro “*plantation model*”. Em 1967, um relatório requisitado pelo governador e elaborado pela polícia do estado compilou e descreveu essas condições precárias e violentas.<sup>517</sup>

Em 1969, em *Holt v. Sarver*, um caso encorajado pelo novo comissário do departamento de correções (responsável pelas prisões), a reforma foi iniciada e aos poucos se expandiu para atingir todos os prisioneiros do estado. Muitas *remedial orders* foram emitidas ao longo dos anos, até 1982, quando o caso foi encerrado.<sup>518</sup> Como não haviam regulamentos ou padrões para a administração das instituições, a tarefa do juiz foi mais que de reforma – foi de transformação total. Cada problema resolvido trazia novos problemas e o caso se prolongou por décadas, passando para as mãos de um segundo juiz que, após anos, nomeou um especialista para monitorar as reformas (um *special master*). Ao final, as prisões do Arkansas não se tornaram perfeitas – seguiam sendo locais terríveis –, mas não se pareciam em nada com o que eram na década de 60 (*plantations* movidas a trabalho escravo).<sup>519</sup>

No Texas, o cenário foi bem diferente. O modelo prisional texano gozava de alta popularidade e as práticas brutais eram parte de políticas públicas consideradas excelentes e eficientes. O caso *Ruiz v. Estelle* foi iniciado em 1974 pelo trabalho de

---

<sup>517</sup> RUBIN; FEELEY, *Judicial Policy Making and Litigation Against the Government*, p. 647–650.

<sup>518</sup> Em 1991 e 1999 foram feitos pedidos de reabertura do caso (ambos negados).

<sup>519</sup> RUBIN; FEELEY, *Judicial Policy Making and Litigation Against the Government*, p. 650–656.

cooperação entre um juiz e um advogado de direitos civis, e rapidamente foi ampliado para se tornar uma *class action* envolvendo todos os presos e todas as prisões do estado, que tinha o maior sistema carcerário do país (com a maior população de presos). Depois de anos, um termo de acordo (um *consent decree*) para a implementação das reformas foi firmado. O *special master* nomeado, porém, enfrentou forte resistência de todos os que trabalhavam no sistema. O apreço pelas táticas adotadas, que haviam reduzido o custo diário por preso de 4 para 1,25 dólares, fomentaram as reações negativas e conflitos com a administração pública. Além disso, o número de mortes de presos aumentou mais de 20 vezes nos anos iniciais da reforma; a violência e a resistência só diminuíram conforme os antigos funcionários se aposentaram e foram substituídos. A negociação da ordem final durou dois anos e o caso foi finalmente encerrado em 1992. Ao longo dos anos, a agência estatal responsável pelos presídios se reinventou e se profissionalizou, consolidando o sucesso da reforma.<sup>520</sup>

A avaliação positiva desse caso, porém, não é unânime. O sistema, que dava recompensas a alguns presos, atribuindo-lhes a função de “coordenadores”, era muito popular e havia sido criado por um ex-professor da Universidade do Texas convertido em administrador. Opositores destacam a postura autoritária adotada pelo juiz e o fato de que algumas de suas ordens foram reformadas por instâncias superiores. Para eles, o resultado da reforma foi a desmoralização dos funcionários da agência estatal e das prisões e uma maior leniência em relação aos presos.<sup>521</sup>

Obviamente, o desacordo não diz respeito ao sucesso da reforma, mas deriva de uma discordância na avaliação da situação *inicial* das prisões texanas. Para aqueles que as julgavam desumanas e violadoras de direitos, o desfecho final do caso foi extremamente positivo; mas para aqueles que aprovavam os trabalhos forçados e a supervisão de presos por outros presos, ele foi certamente negativo. Parte-se aqui da premissa de que o sistema prisional do Texas era particularmente cruel, pois escondia

---

<sup>520</sup> FEELEY, Malcolm; RUBIN, Edward L., **Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons**, Cambridge & New York: Cambridge University Press, 1998, p. 80–95.

<sup>521</sup> DIJULIO, **Governing prisons**, p. 205–231.

seus abusos em estatísticas de bom comportamento alcançadas com violência e terror de presos contra presos.

O Congresso estadunidense tentou controlar (mas não impedir) a onda de reformas com a promulgação de uma lei em 1996: o PLRA, *Prison Litigation Reform Act*. O número de ordens judiciais envolvendo reformas foi reduzido, mas muitos desses casos continuam a prosperar até hoje.<sup>522</sup> *Brown v. Plata* envolve duas *class actions* de encarcerados<sup>523</sup> na Califórnia, que sofrem com o péssimo atendimento médico nas cadeias superlotadas. A superlotação é a maior causa do problema, pois os médicos não conseguem atender o enorme número de presos, que aumenta a cada ano. O caso seguiu os procedimentos complexos estabelecidos no PLRA:<sup>524</sup> as ordens foram concedidas por um painel de três juízes e o recurso foi diretamente direcionado à Suprema Corte (esses casos não passam pelo crivo do *certiorari*, o processo de avaliação que seleciona os casos mais relevantes, e são automaticamente levados a julgamento). A ordem proferida pelos juízes demandou a redução da ocupação dos presídios de 200% para 137,5% em cinco anos, sem determinar a forma de redução. A administração poderia optar por construir mais prisões, liberar presos que cometeram crimes de menor potencial ofensivo, reduzir o tempo da pena por bom comportamento, ou por qualquer outra medida. A reforma foi mantida pela Suprema Corte em 2011.<sup>525</sup>

No Brasil, em maio de 2015 foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal a ADPF n. 347, relatando cuidadosamente as condições dos presídios no país e requerendo a elaboração, pelo governo federal, de um plano nacional para a superação do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário. A ação foi promovida pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), representado pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). A petição inicial trata da reforma estrutural e de “litígios estruturantes”, pede a avaliação e discussão do plano por diversas instituições, a participação da sociedade

---

<sup>522</sup> SCHLANGER, Civil rights injunctions over time, p. 554.

<sup>523</sup> *Brown v. Plata* é o nome do caso na Suprema Corte. Originalmente, eram *Plata v. Brown* e *Coleman v. Brown*.

<sup>524</sup> A complexidade, obviamente, foi criada para dificultar a realização das reformas.

<sup>525</sup> Esse também é um caso de *broad injunction*, que concede mais que a lei concederia.



civil e a elaboração de planos estaduais (também avaliados e debatidos publicamente). A implementação dos planos deve ser supervisionada pelo STF, segundo os proponentes.<sup>526</sup>

Acredita-se que as reformas estruturais são um meio hábil (e, no contexto atual, o mais eficiente) para buscar a garantia de direitos básicos dos presos brasileiros. A proposta da ADPF pode concretizar a primeira reforma estrutural implementada nacionalmente no país – aguarda-se, ansiosamente, por sua apreciação.

#### 5.4. Poder executivo do juiz

O foco em ordens e na tutela específica (além da possibilidade de reforma estrutural) levanta questionamentos imediatos sobre os meios coercitivos que podem ser usados para garantir o cumprimento dessas decisões. Os meios utilizados devem ser os mais eficazes possíveis e evitar o estabelecimento de multas periódicas variáveis. Tais multas (as *astreintes*) são o meio coercitivo mais conhecido e mais utilizado pelos juízes brasileiros, mas em casos contra o Estado podem recair novamente no regime de precatórios, não produzindo o efeito esperado. As multas, acumuladas pelo não cumprimento da ordem, passam a integrar o grande bloco de dívidas judiciais estatais, sem perspectiva de pagamento. É preciso, portanto, pensar em meios executivos que contornem essa dificuldade. Inicialmente, entretanto, serão abordadas as medidas mais tradicionais de impor uma decisão judicial e de punir seu descumprimento, para, a seguir, serem propostas soluções menos ortodoxas.

##### *a) O poder coercitivo do juiz: medidas tradicionais*

A desobediência a ordens judiciais é reprimida, nos Estados Unidos, com três formas de *contempt of court* (algo como “desprezo à corte”).<sup>527</sup> Existe o *criminal*

---

<sup>526</sup> O relato sobre a ADPF foi retirado de sua petição inicial.

<sup>527</sup> Note-se que o *contempt* é usado para desobediência de ordens judiciais, ou seja, de *injunctions*. O desrespeito a uma condenação a pagar indenização (*damages*) é combatido de outras formas, sendo que a mais extrema, permitida em alguns estados, é a *body execution* (que, ao fim e ao cabo, é uma prisão por dívidas).

*contempt* (desprezo criminal, que configura crime), que pode condenar o executado a pagar multas ou impor pena de prisão. Em tese, ocorre quando a ordem foi definitivamente descumprida e não há mais como voltar atrás. Essa espécie exige a denúncia por parte do promotor e instaura um processo criminal separado do principal.<sup>528</sup> O *civil contempt* (desprezo civil) se divide em duas espécies: *coercive civil contempt* (desprezo civil coercitivo), na hipótese de descumprimento de ordem que ainda pode ser cumprida. Também pode determinar o pagamento de multas e até mesmo a prisão, mas as penalidades atuam aqui como forma de coerção do executado, para forçá-lo a cumprir a ordem. A segunda espécie é o *compensatory civil contempt* (desprezo civil compensatório), que estabelece multas pelo descumprimento da ordem e que serão destinadas ao exequente, para indenizá-lo pelos prejuízos causados pelo desobediência.<sup>529</sup> Esse é o único caso em que os recursos provenientes do pagamento de multas são revertidos à parte, pois a regra é que sejam destinados ao Estado.<sup>530</sup>

Como se vê, a possibilidade de prisão daquele que descumpre a ordem não serve para distinguir o *criminal contempt* do *civil contempt*. Nos casos civis, a prisão será determinada sem uma denúncia, por não estar relacionada a crime e por estar vinculada apenas ao caráter coercitivo da demanda. Na verdade, a distinção entre uma e outra forma já foi discutida em diversos casos, como em *Hicks on behalf of Feiock v. Feiock*, e não é de fácil determinação.<sup>531</sup> A configuração do *contempt* como civil elimina a necessidade de prova de que a ordem foi desobedecida conscientemente (*willfull violation*),<sup>532</sup> o que pode levar a classificações propositalmente equivocadas por parte dos juízes.

---

<sup>528</sup> Esse processo criminal muitas vezes é chamado de “sumário” e não respeita algumas garantias do processo penal americano, inviabilizando, na maioria das vezes, o julgamento por júri. Esse desrespeito é descrito e criticado em NELLES, Walter, *The Summary Power to Punish for Contempt*, **Columbia Law Review**, v. 31, n. 6, p. 956–974, 1931.

<sup>529</sup> LEVINE; JUNG; THOMAS, **Remedies**, p. 301 e ss.

<sup>530</sup> RENDLEMAN, Doug, *Compensatory Contempt: Plaintiff’s Remedy When a Defendant Violates an Injunction*, **University of Illinois Law Forum**, v. 1980, p. 971–1010, 1980, p. 972.

<sup>531</sup> LEVINE; JUNG; THOMAS, **Remedies**, p. 302–310.

<sup>532</sup> DUDLEY, Earl C., Jr., *Getting beyond the Civil/Criminal Distinction: A New Approach to the Regulation of Indirect Contempts*, **Virginia Law Review**, v. 79, n. 5, p. 1025–1098, 1993, p. 1031–1032.

A disciplina legal do *contempt* é confusa, e o poder dos juízes em estabelecer as sanções e medidas é praticamente ilimitado. Além disso, aquele que desobedece a ordem judicial não pode alegar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da própria ordem como matéria de defesa – isso é estabelecido na *collateral bar rule*, que exige que mesmo ordens ilegais devem ser cumpridas até que sejam revogadas pelo Judiciário (pelo mesmo juiz ou mesma corte ou por outra corte, em sede de recurso).<sup>533</sup> Essa regra é frequentemente discutida pela doutrina, que a considera particularmente preocupante nos casos em que a ordem judicial limita a liberdade de expressão.<sup>534</sup>

Embora o poder dos juízes em relação ao *contempt* seja praticamente ilimitado, os doutrinadores e a Suprema Corte não sugerem sua redução. A importância dada à autoridade das cortes é extrema e entende-se que o *contempt* é necessário para o bom funcionamento de uma sociedade democrática que garante a liberdade individual dos cidadãos.<sup>535</sup> Assim, o controle desse poder geralmente é estabelecido através da exigência de maiores e mais amplas garantias processuais a serem respeitadas em *contempt proceedings*.<sup>536</sup>

O cenário é muito diferente no Brasil, onde a multa por descumprimento de ordem judicial é direcionada ao exequente em todas as situações e a prisão civil só existe para a hipótese de não pagamento de alimentos. As leis brasileiras preveem apenas ferramentas ineficientes para obrigar o cumprimento das decisões: as multas por litigância de má-fé e pela prática de atos atentatórios à dignidade da justiça e o crime de desobediência.

O NCPC trata, como o antigo CPC, de penalidades separadas para litigância de má-fé e para a prática de atos atentatórios à dignidade da justiça. Além disso, o juiz pode estabelecer multas coercitivas para estimular o cumprimento de suas ordens. O

---

<sup>533</sup> LABUNSKI, Richard E., Collateral Bar Rule and the First Amendment: The Constitutionality of Enforcing Unconstitutional Orders, The, **American University Law Review**, v. 37, p. 323–377, 1987, p. 327–328.

<sup>534</sup> O caso *Walker v. Birmingham*, decidido pela Suprema Corte, é um dos que reforçam a *collateral bar rule*. Esse caso envolveu a prisão de Martin Luther King Jr. e outros ativistas de direitos civis pelo descumprimento de ordens judiciais que impediram uma de suas famosas marchas no estado do Alabama. *Ibid.*, p. 334–337.

<sup>535</sup> *Ibid.*, p. 324.

<sup>536</sup> Cf. DUDLEY, Getting beyond the Civil/Criminal Distinction.

descumprimento injustificado de ordem judicial é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e litigância de má-fé, simultaneamente, sendo que a primeira configuração implica multa de até 20% do valor corrigido do débito (porque já em fase de cumprimento de sentença) e a segunda, 1 a 10% (que pode ser aplicada durante a fase de conhecimento) do valor da causa, podendo também ser fixada em até 10 salários mínimos se este for irrisório ou inestimável (art. 80, § 2º).

O art. 774 do NCPC afirma que são atentatórias à dignidade da justiça as condutas (omissivas ou comissivas) do executado que configurem fraude à execução, oposição maliciosa à execução e resistência injustificada às ordens judiciais; além de outras atitudes referentes à penhora, e por isso irrelevantes para casos envolvendo o Estado. A caracterização do descumprimento de ordem como ato atentatório também é reforçada no art. 77, §1º. Já o art. 536, §3º, expressamente prevê a penalidade de litigância de má-fé em caso de descumprimento de ordem judicial, sem prejuízo da responsabilização por crime de desobediência; e o art. 80 enumera as condutas necessárias para que alguém seja considerado “litigante de má-fé”. Em todos os casos, o valor da multa é revertido para a parte contrária (art. 96 e art. 774, p. único).

O crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, refere-se à desobediência da ordem legal de qualquer funcionário público, não existindo modalidade específica para a desobediência de decisão judicial. A pena é de detenção, de quinze dias a seis meses, e multa. Por se tratar de crime de menor potencial ofensivo, é julgado nos Juizados Especiais Criminais, via ação penal pública incondicionada. O prazo prescricional é demasiadamente curto – apenas três anos (art. 109, VI, do Código Penal).

Ainda não se mencionou o principal problema em relação a essas medidas: o seu cabimento e uso em ações contra o Estado. O pagamento por precatórios, por si só, já inviabiliza a eficiência das punições previstas em lei. Além disso, caso um funcionário público esteja deliberadamente se recusando a obedecer à ordem judicial, o estabelecimento de multas é insuficientemente coercitivo, pois ele não será afetado por elas de nenhuma maneira.

Em relação ao crime de desobediência, entendimentos recentes do Superior Tribunal de Justiça afirmam que o funcionário público pode cometê-lo se é o

destinatário da ordem estatal (REsp 1.173.226/RO, entre outros).<sup>537</sup> Embora esse crime seja de menor potencial ofensivo (e por isso o funcionário não será preso), a prisão é sempre uma opção extremada, além da coerção gerada por ela parecer mínima e insuficiente.

Em relação à litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da justiça, surge o problema da atribuição de sua prática diretamente aos funcionários que se recusam a cumprir ordens judiciais, para evitar que o sujeito passivo seja o ente da Administração Pública e os funcionários não sejam atingidos pelas medidas coercitivas (ou sancionatórias). O art. 536, § 3º do NCPC afirma que o executado que descumpra ordem judicial incidirá nas penas de litigância de má-fé e será responsabilizado pelo crime de desobediência. Em primeiro lugar, ressalte-se que o NCPC trata do “cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública” em capítulo separado, mas não o faz em relação ao “cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”. A Fazenda, portanto, está sujeita aos mesmos meios coercitivos que as pessoas privadas. A atribuição das penalidades de litigância de má-fé e atos atentatórios à dignidade da justiça ao próprio agente público que descumpriu a ordem parece lógica e devida. Afinal, se o agente é o responsável pelo cumprimento da ordem e está ciente dela, deve cumpri-la pessoalmente. Não deve o patrimônio do Estado ser atingido por sua conduta desobediente. Se ele é criminalmente responsável, também deve ser responsabilizado por sua conduta indevida em relação ao processo, pois ele está dificultando seu andamento ao embaraçar o cumprimento e efetivação da decisão.

---

<sup>537</sup> CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL, POR SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DE RONDÔNIA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO. RECURSO PROVIDO. O funcionário público pode cometer crime de desobediência, se destinatário da ordem judicial, e considerando a inexistência de hierarquia, tem o dever de cumpri-la, sob pena da determinação judicial perder sua eficácia. Precedentes da Turma. Rejeição da denúncia que se afigura imprópria, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal a quo para nova análise acerca da admissibilidade da inicial acusatória. Recurso especial provido, nos termos do voto do relator. (REsp 1173226/RO, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011). Cf. também REsp 556.814/RS e RHC 13.964/SP

Por motivos similares, Luiz Guilherme Marinoni defende a aplicação de *astreintes* diretamente contra à autoridade pública capaz de atender a decisão jurisdicional. Ele afirma que a multa tem o objetivo de compelir o executado a cumprir a ordem, sua efetividade depende da sua capacidade de intimidação e, por esses dois motivos, só pode incidir sobre uma vontade. No caso de o executado ser o Poder Público, “a vontade responsável pelo não cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público” e a multa só pode alcançar sua finalidade se for imposta diretamente ao agente que pode atender à decisão judicial.<sup>538</sup>

Marinoni afirma que não há cabimento em rejeitar a imposição da multa ao agente pelo fato de que ele não foi parte no processo, pois a multa não tem nenhuma relação com o caráter de parte (ou não) do agente, mas sim com a circunstância de ele ser o responsável pelo cumprimento da decisão – em razão à sua posição de agente público capaz de atender a ordem do juiz.<sup>539</sup> Note-se que o agente não está sendo responsabilizado pela conduta do Estado, mas somente por sua própria.

Nos Estados Unidos, existem casos de aplicação de multas contra as pessoas físicas dos agentes e contra o Estado simultaneamente, para assegurar o cumprimento da decisão.<sup>540</sup> Na verdade, a responsabilização dos agentes públicos por suas condutas alcança outros patamares, já que eles podem ser diretamente condenados a indenizar as pessoas pela prática de condutas que violam a Constituição. Ela é estabelecida em lei nos Estados Unidos para agentes locais (municipais) e estaduais (42 U.S.C. § 1983); e para agentes federais, foi criada jurisprudencialmente, no caso *Bivens v. Six unknown named agents of Federal Bureau of Narcotics*, julgado pela Suprema Corte em 1971.<sup>541</sup> A Suprema Corte decidiu que a conduta inconstitucional de agentes federais

---

<sup>538</sup> MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 478.

<sup>539</sup> *Ibid.*

<sup>540</sup> *U.S. v. City of Yonkers* e *Spallone v. U.S.* Esses casos são extremamente polêmicos porque envolvem uma ordem judicial para a aprovação de um ato regulatório pelo *city council* em Yonkers, ato esse que havia sido estabelecido em um plano de dessegregação de vizinhança construído em consenso com o Judiciário e os conselheiros municipais. O valor da multa chegou a resultados absurdos e foi reduzido (apenas em relação às pessoas físicas) no segundo julgamento.

<sup>541</sup> Nesse caso, Webster Bivens, o autor, requereu indenização de cada um dos agentes que invadiu sua casa, algemou-o com uso de violência na presença de sua esposa e filhos, e revistaram sua casa à procura de narcóticos. Bivens foi levado à sede do Judiciário Federal, onde foi interrogado, fichado e

gerava o direito a indenizar. Desde então, as ações requerendo indenizações de agentes federais são chamadas de “ações *Bivens*”, mas elas não costumam obter muito sucesso, ao contrário do que ocorre com as ações pela violação de direitos constitucionalmente estabelecidos por agentes municipais e estaduais.<sup>542</sup> O objetivo por trás dessas ações é o de provocar a internalização de custos pelos próprios funcionários e desestimular posturas negligentes e descuidadas em relação aos cidadãos.

Não é necessário ir tão longe no Brasil. As punições e o *contempt of court* estadunidenses são excessivamente radicais e não se deseja defender a realização de mais prisões. A menção ao dever de indenizar dos agentes nos EUA apenas serve de exemplo das possibilidades de responsabilização de funcionários públicos; e a exposição do sistema serve apenas para comprovar que existem regras muito mais rígidas para garantir o cumprimento de decisões judiciais. Faz-se necessário, na verdade, o encontro de um ponto de equilíbrio entre os dois cenários.

É preciso reforçar que se existe uma ordem judicial, o agente não tem a opção de descumpri-la (supondo-se, obviamente, que ele é o responsável pela ação). Se ele a descumpre, pode ser penalizado diretamente por isso. Ainda assim, essa interpretação pode encontrar grande resistência na doutrina e na jurisprudência. No Superior Tribunal de Justiça, existem entendimentos tanto admitindo que *astreintes* sejam aplicadas aos agentes como não as permitindo.<sup>543</sup> Existem alguns casos, portanto, de aplicação dessa ideia, embora nem todos sejam bons exemplos: existem decisões em que os juízes impõem as multas aos procuradores do INSS, ao invés de aplicar os

---

revistado, para depois ser liberado pois a acusação não foi recebida pelo juiz. Não houve ordem judicial para a invasão ou para a prisão. DELLINGER, Walter, Of Rights and Remedies: The Constitution as a Sword, **Harvard Law Review**, v. 85, p. 1532–1564, 1971, p. 1534–1537.

<sup>542</sup> Os insucessos dos casos “Bivens” são mais relacionados com o fato de a responsabilização dos agentes federais ter sido criada pelas cortes (constituindo federal common law) do que pela impossibilidade de responsabilização direta. Zaring trata desses problemas e dos três tipos de casos que são expostos via “Bivens”. O terceiro modelo é extremamente interessante, porque é usado apenas para dar visibilidade a casos polêmicos, como os relacionados ao terrorismo, independentemente das chances de sucesso do processo. ZARING, David T., Three Models of Constitutional Torts, **Journal of Tort Law**, v. 2, n. 1, p. 1–28, 2008.

<sup>543</sup> Afirmando a possibilidade da aplicação de *astreintes* aos funcionários: AgRg no AREsp 472.750/RJ e REsp 1.111.562/RN. Negando essa possibilidade: REsp 1.433.805 e REsp 747.371/DF.

meios coercitivos aos agentes que são efetivamente responsáveis pelo cumprimento das ordens.<sup>544</sup>

Essa opção não representa exatamente o ponto de equilíbrio buscado, mas é uma alternativa frente à preocupação com propor soluções de *lege lata* e o descaso com o cumprimento de decisões judiciais. O poder de coerção ao menos existe (de alguma forma) se as penalidades – e aqui se propõe a possibilidade do uso de todas simultaneamente para os descumprimentos reiterados – são aplicadas aos agentes responsáveis.

Considerando a incerteza da eficiência dos métodos tradicionais, faz-se necessária a sugestão de outras formas de assegurar o cumprimento das decisões judiciais, o que se busca fazer a seguir.

#### *b) Medidas não tradicionais e descumprimento reiterado e injustificado*

Como a possibilidade de atribuição das multas coercitivas (e multas por litigância de má-fé e por atos atentatórios à dignidade da justiça) aos agentes públicos permanece objeto de divergência, é preciso propor outras alternativas frente ao descumprimento reiterado de decisões judiciais. Além disso, existe a possibilidade de o descumprimento persistir mesmo após o estabelecimento das multas, o que exige a adoção de medidas mais drásticas.

A figura do *receivership* é uma alternativa eficiente para casos de descumprimento reiterado em que as multas não alcançam o fim almejado. Se o agente público em questão é o único capaz de executar a ordem judicial e ele se recusa a fazê-lo, o juiz pode removê-lo da função temporariamente e substituí-lo por outra pessoa, possivelmente (mas não necessariamente) um agente da mesma entidade, para que a ordem seja cumprida. Após isso, os agentes retornam às funções anteriores. A pessoa que recebe a função determinada pelo juiz é chamado de *receiver* (recebedor).

Alguns autores tratam as figuras do *receiver* e do *special master* (chefe especial) como equivalentes, especialmente em casos de direito público, designando-

---

<sup>544</sup> IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**, Brasília: Conselho da Justiça Federal e IPEA, 2012, p. 70.



os como adjunto judicial, ou *judicial adjunct*.<sup>545</sup> Aqui, as duas figuras serão separadas, pois o *special master* tem um papel mais amplo que o do *receiver*, atuando em casos de reforma estrutural e administrando o cumprimento das diversas ordens judiciais ao longo do tempo.<sup>546</sup>

Em seu surgimento, os *receivers* foram criados para administrar o patrimônio de alguma pessoa ou entidade durante um processo. Nesse sentido, eles se pareciam com os antigos síndicos e atuais administradores judiciais em processos de falência e recuperação de empresas. Com o tempo, seus usos foram sendo ampliados para, por exemplo, serem utilizados pela agência responsável pela fiscalização do mercado mobiliário nos EUA (*Securities and Exchange Commision*) em processos voltados contra sociedades por ações em atividades suspeitas, nos quais a agência se utiliza dos mais variados *remedies* (e medidas para assegurá-los) para proteger investidores; entre eles, a nomeação de um *receiver*.<sup>547</sup>

O uso de *receivers* se revelou particularmente eficaz em casos de inação de agentes públicos frente a ordens judiciais.<sup>548</sup> Após o descumprimento da ordem, o agente pode justificar sua atitude, mas caso não o faça ou a justificativa seja rejeitada, o juiz pode nomear um recebedor (*receiver*) para cumprir a decisão judicial no lugar do agente. Após o cumprimento, o agente público pode retomar suas funções.

A solução funciona bem se a ordem a ser cumprida é relativamente simples e efetivada em poucos atos. Caso seja necessária a implementação de uma série de medidas para que o ente estatal não mais incorra em violações de direitos, a situação é de reforma estrutural e não cabe a nomeação de um *receiver*. O recebedor deve atuar

---

<sup>545</sup> WEINBERG, Joanna Kudisch, The Judicial Adjunct and Public Law Remedies, **Yale Law & Policy Review**, v. 1, n. 2, p. 367–394, 1983, p. 369, 372 e 376.

<sup>546</sup> Esse também é o entendimento que pode ser retirado das regras processuais estadunidenses: dentre as *Federal Rules of Civil Procedure*, a Regra 53 trata especificamente dos *masters* e a Regra 66, dos *receivers*.

<sup>547</sup> DENT, George W. Jr, Ancillary Relief in Federal Securities Law: A Study in Federal Remedies, **Minnesota Law Review**, v. 67, p. 865, 1982, p. 941–946.

<sup>548</sup> BRILL, Howard W., Citizen's Relief against Inactive Federal Officials: Case Studies in Mandamus, Actions in the Nature of Mandamus and Mandatory Injunctions, The, **Akron Law Review**, v. 16, p. 339, 1982, p. 381–387 e 396.

apenas durante o tempo necessário para o cumprimento da ordem,<sup>549</sup> não sendo sua nomeação em si uma forma de impedir a violação de direitos – ele não é, portanto, um substituto permanente do agente público; é apenas um meio de assegurar o cumprimento de uma decisão judicial.

Medidas mais drásticas podem ser utilizadas em face de descumprimento reiterado e injustificado, como a suspensão de parte das atividades de um ente do Poder Público, o fechamento parcial de estabelecimentos ou a emissão de uma ordem negativa (*negative order*), impedindo a realização de qualquer atividade a não ser aquelas necessárias para o cumprimento da decisão. Exemplos dessas medidas podem ser encontradas nas reformas estruturais de prisões já mencionadas.

Todas as medidas drásticas mencionadas aqui podem causar problemas ainda maiores aos cidadãos que têm seus direitos violados. O fechamento parcial da instituição pode causar prejuízos terríveis à população. Elas podem, entretanto, ser úteis em casos extremados, como os que envolvem prisões – por exemplo, impedindo a admissão de mais presos se a ocupação está acima do permitido.

A possibilidade de definir os meios coercitivos e sub-rogatórios necessários ao cumprimento da decisão foi autorizada pela lei brasileira e, por isso, as medidas mencionadas nesse ponto são apenas sugestões. O juiz é livre para adaptar os meios coercitivos e sub-rogatórios ao caso e às dificuldades encontradas e deve fazê-lo sempre que necessário. Em relação às medidas mais graves, é preciso averiguar sempre os efeitos junto à população (especialmente às vítimas das condutas violadoras). Em todo caso, deseja-se ressaltar que outras medidas, além das *astreintes*, são possíveis.<sup>550</sup>

## 5.5. Por último, os precatórios

---

<sup>549</sup> DENT, *Ancillary Relief in Federal Securities Law*, p. 943.

<sup>550</sup> Note-se que as multas sugeridas nessa seção servem apenas para o descumprimento das decisões ou como meios coercitivos. Como se afirmou antes, dá-se preferência à tutela específica para evitar a violação de direitos.

Em último lugar está o problema que não pode ser solucionado a partir de interpretações das leis vigentes e que, portanto, foge dos objetivos do presente trabalho. Ao mesmo tempo, ele não poderia deixar de ser mencionado. Afinal, a questão dos precatórios não está solucionada no Brasil: ela não foi resolvida com a ADI n. 4357. A decisão do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do regime especial, que institucionalizava o calote das dívidas judiciais estatais, mas não estabeleceu propriamente um prazo ou um método para seu pagamento.

Além disso, é especialmente problemático que o regime especial vigorará parcialmente, mesmo sendo inconstitucional, até 2021. Considerando que a declaração da inconstitucionalidade se deu em 2013, são oito anos de sobrevida de um regime contrário ao direito. Ele autoriza a realização de acordos diretos que reduzem o valor dos precatórios em até 40%, manteve a correção por índices abaixo da inflação por dois anos e continua exigindo que os entes federados depositem no máximo 2% da renda líquida para o pagamento das dívidas oriundas de decisões judiciais.

A suposta obrigatoriedade do pagamento completo até 2020 foi alardeada pela mídia e recebida com empolgação pela população.<sup>551</sup> Na verdade, o STF sequer fala expressamente no ano de 2020 no acórdão. Esse prazo é deduzido a partir da sobrevida do regime especial – duração de 5 anos a partir de janeiro de 2016, o que leva à afirmação de que até 2020 (final de 2020) todos os precatórios devem ter sido pagos. Mas não há uma relação direta entre o fim do regime especial e o pagamento total.

Até 2021, os entes federados só precisam depositar no máximo 2% de sua renda líquida nas contas que se destinam ao pagamento dessas dívidas. Para alguns estados, isso significa que só serão pagas em muitas décadas – e não em cinco anos. Tome-se como exemplo o estado do Espírito Santo, que responde por uma dívida judicial aproximada de R\$ 9,54 bilhões e teve receita corrente líquida em 2009 de R\$ 7,5 bilhões. Mesmo que ele deposite 1,5% dessa receita, como determina o regime

---

<sup>551</sup> RAMALHO, Renan, **Governos deverão pagar precatórios atrasados até fim de 2020, decide STF**, G1 Economia, disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/03/governos-deverao-pagar-precatorios-atrasados-ate-fim-de-2020-decide-stf.html>>, acesso em: 29 jun. 2015; INNOCENTI, Marco Antonio, **Supremo Tribunal Federal coloca ponto final na inadimplência dos precatórios**, Consultor Jurídico, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-09/marco-innocenti-ponto-final-inadimplencia-precatorios>>, acesso em: 29 jun. 2015.

especial (o que não ocorreu em 2009, quando foi efetuado um pagamento correspondente a 0,033% da receita), o estado levaria 85 anos para quitar seus precatórios. Isso sem considerar que a dívida aumenta a cada ano.<sup>552</sup>

O Supremo, portanto, não resolveu o problema do precatório e não existem perspectivas realistas de pagamento até 2020. A situação, na verdade, pode se deteriorar ainda mais, pois a imprensa divulgou que representantes de dois dos entes federados mais endividados do país se articulam para a criação de um projeto de emenda constitucional que altere o que foi estabelecido pelo STF.<sup>553</sup> A proposta, segundo o anunciado, é estabelecer o valor de 3% da reserva líquida como valor máximo destinado ao pagamento das dívidas judiciais. Note-se que tal proposta estabelece um valor superior ao estabelecido no regime especial, o que por si só já revela que o seu cumprimento é insuficiente para quitar as dívidas no prazo estabelecido.

A questão dos precatórios, entretanto, precisa ser solucionada de alguma forma: ela é a maior evidência da irresponsabilidade do Estado brasileiro e compromete o controle pela via judicial. Ao fim e ao cabo, ela confirma o descaso para com as decisões jurisdicionais, evidenciando que elas só precisam ser cumpridas por particulares, jamais pelas entidades estatais. Anteriormente, se fez referência à institucionalização do calote via EC n. 62, mas na verdade o próprio regime de precatórios, no estado crítico em que se encontra, já é calote publicamente chancelado, independentemente dos absurdos do regime especial.

Uma questão que apareceu no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e que é frequentemente mencionada por críticos de atitudes mais drásticas para o pagamento das dívidas, é a dos precatórios de valores absurdos, ou, para usar a expressão do Min. Lewandowski, “dívidas artificiais”. São casos de dívidas em valor muito superior ao plausível, comumente exemplificados com

---

<sup>552</sup> Os cálculos são do Ministro Carlos Ayres Britto, no seu voto na ADI n. 4357 (cf. p. 58 do acórdão).

<sup>553</sup> E fazem esses planos superando desavenças politico-ideológicas (que são consideradas insuperáveis quando esses representantes precisam cooperar para o bem-estar da população): **CONSULTOR JURÍDICO, Haddad e Alckmin querem PEC para adiar pagamento de precatórios**, Consultor Jurídico, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-04/haddad-alckmin-planejam-pec-alterar-regime-precatorio>>, acesso em: 29 jun. 2015.

expropriações<sup>554</sup> de imóveis cujo valor do precatório não guarda nenhuma correspondência com o valor do bem expropriado.

Os Ministros citam o “Caso da Pirambeira”, no Estado de São Paulo. Antes do governo declarar as porções mais altas da Serra do Mar áreas de preservação ambiental, algumas pessoas adquiriram essas terras e ajuizaram, após o decreto, ações judiciais de desapropriação indireta contra o Estado. Foram concedidas indenizações integrais, em valor altíssimo, por áreas protegidas, alcançando inclusive espaços em declive acentuado (as pirambeiras) em que não se podia plantar ou construir nada. Esses precatórios alcançaram valores bilionários e o Estado posteriormente ingressou com uma ação visando anulá-los. O Min. Lewandowski participou desse julgamento como desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e comparou o valor da indenização por metro quadrado com o valor da mesma área em Ribeirão Preto, lugar de terra roxa extremamente fértil. Descobriu que o Estado estava pagando mais de cem vezes o valor da terra roxa pelas pirambeiras da Serra do Mar.<sup>555</sup>

A suspeita de fraudes nessas situações leva muitos a desconfiar das dívidas de precatórios. Ainda assim, não se pode esquecer que esses casos foram todos decididos pelo Judiciário, e que o não pagamento dos precatórios não é meio adequado para resolvê-los. Por mais chocantes que sejam, eles não levam à conclusão de que toda a dívida é fraudulenta.<sup>556</sup>

Aliás, a suspeita de fraude e ilegalidade perpassa toda a dívida pública (interna e externa), não ficando restrita às dívidas judiciais. O tema foi objeto de investigação via Comissão Parlamentar de Inquérito entre os anos de 2008 e 2009. O relatório final, aprovado por maioria, não recomendou a realização de auditoria para verificar abusos e ilegalidades na formação e nos reajustes da dívida.<sup>557</sup> Foi elaborado, porém, um voto

---

<sup>554</sup> Segue-se a expressão genérica usada pelo Ministro Lewandowski.

<sup>555</sup> Cf. p. 203-204 do acórdão da ADI n. 4357.

<sup>556</sup> Trata-se, mais uma vez, do uso de “causos” como argumentos, prática comum no cenário jurídico brasileiro. O tema já foi abordado em outro trabalho, em referência aos “causos” usados como defesa da manutenção do efeito suspensivo ex lege da apelação. FONSECA, **Problemas estruturais do Judiciário: por um processo civil factível**.

<sup>557</sup> NOVAIS, Pedro, **Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a dívida pública da União, Estados e Municípios**, Brasília: Câmara dos Deputados, 2010.

em separado, apontando vários casos de endividamento e renegociações obscuros (durante a década de 70, por exemplo, quando parte da dívida foi contratada e autorizada somente pelo Banco Central; renegociações que não respeitaram o procedimento estabelecido na Constituição; renegociação de dívidas prescritas durante a década de 90; entre outros).<sup>558</sup> Vale lembrar que a realização de tal auditoria, jamais realizada, foi prevista no art. 26 do ADCT, e que a Ordem dos Advogados do Brasil é autora de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (n. 59) sobre o tema. A ADPF, protocolada em 2004, ainda não foi julgada.<sup>559</sup> Nenhuma dessas suspeitas fez com que os juros e amortizações da dívida pública federal deixassem de ser pagos, ressalta-se.

O problema dos precatórios e a consequente inefetividade do controle via Judiciário é também revelada, de maneira curiosa, pelas tentativas de evitar essa modalidade de execução. Como já afirmado no capítulo 3, as condenações do Estado a pagar quantia estariam subordinadas ao regime de precatórios, exceto nos casos de pequeno valor pagos via RPVs. Na ação originária n. 1.773 (STF), o Ministro Luiz Fux deferiu, em antecipação de tutela, o pedido de extensão do auxílio moradia, já pago a juízes de direito e membros do Ministério Público em diversos estados do país, aos juízes federais. Não houve previsão orçamentária para tanto, tampouco foi editada lei federal sobre a matéria (considerando que leis estaduais criaram os benefícios nos tribunais ordinários); e a condenação implica gasto considerável para a União: o Ministério do Planejamento estimou o valor de R\$ 101,2 milhões somente para o período de setembro a dezembro de 2014.<sup>560</sup> Apesar disso, sequer se cogitou que esse

---

<sup>558</sup> VALENTE, Ivan, **Voto em separado - Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a dívida pública da União, Estados e Municípios**, Brasília: Câmara dos Deputados, 2010.

<sup>559</sup> Para mais informações sobre a necessidade da auditoria da dívida pública, cf. a página da “Auditoria Cidadã da Dívida”, que indica, entre outros dados, o crescimento da destinação de recursos públicos para o pagamento de juros e amortizações da dívida: em 2009, foram 35,57% do orçamento; em 2014, 45,11%. **Auditoria Cidadã da Dívida**, disponível em: <<http://www.auditoriacidada.org.br/>>, acesso em: 2 abr. 2015.

<sup>560</sup> **Notícias STF: União questiona decisão que determinou pagamento de auxílio-moradia a juízes federais**, Supremo Tribunal Federal, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276625>>, acesso em: 4 mar. 2015.

valor teria que ser pago via precatórios – isso não foi levantado sequer nos casos (nas esferas estaduais) em que o auxílio foi (ou está sendo) pago retroativamente.<sup>561</sup>

As dívidas com precatórios são, de fato, imensas e exigir seu pagamento imediato a partir das receitas líquidas estatais seria catastrófico, pois os valores das excedem as receitas dos entes federados em bilhões. Entretanto, não se pode esquecer que se trata de uma dívida peculiar em relação às demais que são contraídas pela União, Estados e Municípios, pois ela *não é contabilizada como dívida pública*. As dívidas públicas dos entes, tanto internas quanto externas, não consideram o valor dos débitos gerados por decisões judiciais e os precatórios permanecem, portanto, em um limbo contábil. O seu não pagamento passa despercebido por longos períodos de tempo: o município de João Pessoa não pagou nada entre 2003 e 2013, por exemplo.<sup>562</sup>

Considere-se a situação do Estado do Paraná. Em um relatório realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, a dívida em precatórios junto ao Tribunal de Justiça local em julho de 2012 era de mais de R\$ 6 bilhões.<sup>563</sup> A dívida do Estado, na mesma época, era de mais de R\$ 12 bilhões, considerando valores referentes ao Tesouro Nacional e instituições financeiras públicas e privadas.<sup>564</sup> Na verdade, a dívida pública era superior a R\$ 18 bilhões, mas essa soma não aparece em relatórios oficiais, ocultando o valor real 50% superior. Essa situação se repete na maior parte dos entes federados, e o precatório, além de ser *calote institucionalizado*, revela-se como *método de escamoteação da dívida pública*.

O motivo pelo qual esse tema foi deixado por último no presente capítulo, que procura apontar meios de efetivação para decisões judiciais, diz respeito à dificuldade da resolução do problema, e não à falta de importância. Como se afirmou, os precatórios são grandes obstáculos ao controle judicial do Estado e comprometem

<sup>561</sup> GOMES, Marcelo, **TJ-RJ aprova auxílio-moradia retroativo a 10 anos - Política**, Estadão, disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tj-rj-aprova-auxilio-moradia-retroativo-a-10-anos,1025100>>, acesso em: 4 mar. 2015.

<sup>562</sup> Em relação aos precatórios junto ao Tribunal de Justiça da Paraíba, conforme o Min. Carlos Ayres Britto. Ver acórdão ADI n. 4357, p. 59.

<sup>563</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Relatório Precatórios: reestruturação da gestão nos tribunais**, p. 55 e ss.

<sup>564</sup> Para consultar a dívida pública dos Estados e Municípios, consultar página do Banco Central do Brasil (<http://www4.bcb.gov.br/fis/dividas/lestados.asp>).

enormemente a eficácia das decisões. Entretanto, não se vislumbram hoje meios de resolver a questão a partir do ordenamento atual. O Supremo Tribunal Federal perdeu a oportunidade de estabelecer uma forma eficiente de pagamento no julgamento da ADI n. 4357 e provavelmente aquilo que foi definido na decisão não será suficiente para garanti-lo.

O que se sugere aqui, portanto, não pode ser extraído do atual ordenamento, mas ainda assim se apresenta como uma alternativa ao problema. Entende-se que eles precisam ser contabilizados como parte integrante da dívida pública. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, a Ordem dos Advogados do Brasil mencionou o caso do Mato Grosso para evidenciar a possibilidade de quitação da dívida. O Estado realizou uma série de operações financeiras e quitou seus precatórios, convertendo-o em dívida pública. Em sua manifestação durante o julgamento, o representante da OAB ressaltou que tais operações podem ser realizadas por outros entes federados.<sup>565</sup> A partir do momento em que eles quitassem suas dívidas dessa forma, poderiam passar a seguir o regime previsto no art. 100 da Constituição e incluir as condenações de um ano no exercício seguinte. Trata-se de forma de transformar os precatórios naquilo que realmente são – uma porcentagem da dívida pública – impossibilitando seu não pagamento ou a inação dos governantes.

Obviamente, as condições dos empréstimos tomados para realizar o pagamento dos precatórios não serão tão boas quanto às acarretadas pelo mero não pagamento (o regime atual), com juros de 6% ao ano e correção monetária pelo IPCA-E, mas isso, na verdade, apenas evidencia que o regime de precatórios é ridiculamente injusto para a população, pois propicia condições absurdas ao Estado. Trata-se de uma forma de responsabilizá-lo pelas violações de direitos causadas e pelas dívidas contraídas. Afinal, por que deveria a dívida proveniente de condenações judiciais ser “menor” que as demais dívidas estatais?

Por mais que a solução aqui proposta tenha baixíssima probabilidade de adoção, apenas se desejou lançar um outro olhar para o problema, ressaltando a ocultação da dívida e o descaso com o seu pagamento. É importante ao menos ter

---

<sup>565</sup> Cf. p. 206-207 do acórdão da ADI n. 4357.



ciência de que as consequências do regime de precatórios são graves e de que não se pode encarar a situação como insolucionável.

\*\*\*

A defesa de todos os mecanismos de controle aqui mencionados não implica a desnecessidade de adotar uma postura deferente em relação à Administração Pública ou ao Legislativo. Como mencionado no capítulo 1, a deferência deve ser uma via de mão dupla em relação aos três poderes.

Nos casos em que não há violação em massa de direitos, o Judiciário deve, sempre que possível, permitir que o ente estatal corrija sua própria conduta. Se ele, por exemplo, não seguiu os procedimentos legais ou não respeitou garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa, deve ter a chance de refazer seus atos da maneira correta – se isso não implicar violações ainda maiores, claro. Essa é conduta é chamada de *set aside and remand* – invalidar e devolver – nos Estados Unidos.<sup>566</sup> Não é porque os entes estatais geralmente violam os direitos dos cidadãos que o Judiciário tem autorização para desconsiderar a possibilidade de agirem corretamente. Aliás, é justamente porque se acredita na possibilidade de uma mudança de conduta dos entes públicos brasileiros que se aposta no uso do processo coletivo como forma de atuá-la.

O cuidado em terminar o capítulo com uma observação sobre deferência está de acordo com as ideias que nortearam todo o trabalho, como a rejeição das soluções simples, das abordagens dicotômicas artificiais, dos diagnósticos radicais que não oferecem caminhos e, principalmente, com a rejeição da supervalorização dos tribunais. A constatação das falhas do Executivo e Legislativo é, simultaneamente, a comprovação das falhas do Judiciário.

---

<sup>566</sup> De acordo com o APA (Administrative Procedure Act, de 1946). Cf. LEVINE; JUNG; THOMAS, **Remedies**, p. 43–45.

### EXCURSO 3: O IMAGINADO CONCRETO

A factibilidade revela uma dimensão específica da realidade: o *imaginado concreto*. Afinal, “tudo que é imaginado existe, é e tem”.<sup>567</sup> A utopia imaginada existe, de alguma forma: ela existe na medida em que precisa ser imaginada para poder servir de inspiração e para consubstanciar o melhor que se pode conceber. E esse melhor concebível é também necessário para determinar as impossibilidades práticas que impedem que ele se realize de fato. A utopia também serve, portanto, para medir as impossibilidades que bloqueiam sua realização.

A partir das impossibilidades e da utopia, constroem-se metas factíveis, que impulsionam a ação humana para o melhor, sem, contudo, esconder que não há como se aproximar da utopia. É nesse sentido que a factibilidade revela o imaginado concreto, o melhor que podemos realizar e que pode ser estabelecido como meta.

Depois da elaboração de um contra-diagnóstico da judicialização, da descrição do fracasso dos instrumentos controladores da atividade política do Judiciário e da impossibilidade de criação de limites abstratos a essa atuação; seguiu-se uma série de apostas sobre como lidar com o problema, que envolve não só o questionamento da legitimidade de certas decisões judiciais (como o diagnóstico parece insinuar) mas principalmente a consideração do comportamento do Estado frente à população do Brasil. Nesse terceiro excurso, cabe tratar do imaginado concreto – de um tema concreto específico, que pode servir de pano de fundo para as apostas já enunciadas.

Não por acaso, o tema escolhido é o direito à saúde. De forma ambígua, a judicialização do direito à saúde é, ao mesmo tempo, um sucesso estrondoso e um fracasso retumbante. Ela é um sucesso porque proporcionou diversos avanços na política pública de saúde. Em primeiro lugar, por impulsionar o fornecimento dos medicamentos de tratamento aos portadores do vírus HIV. Em segundo lugar, e

---

<sup>567</sup> A frase é de Estamira, uma senhora que sofria de distúrbios mentais e que trabalhava no aterro sanitário do Jardim Gramacho, no Rio de Janeiro. Ela é a personagem principal de um documentário que leva seu nome e foi filmado em 2006 por Marcos Prado. Estamira trata de vários temas filosóficos e de questões atuais, como o destino da produção de lixo, com um discurso poético, eloquente e louco.

principalmente, por proporcionar avanços tecnológicos ao Sistema Único de Saúde, pois antes da judicialização não havia um procedimento bem delineado para a incorporação de novos medicamentos às listas de fornecimento. Graças aos diversos processos judiciais e às discussões que eles instauraram, foi aprovada a Lei n. 12.401 de 2011, que regulamentou a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde.

Por outro lado, o fracasso: a judicialização trouxe pedidos de medicamentos caríssimos, que não são fornecidos a toda a população, e que foram custeados pelos cofres públicos para atender somente aqueles que ajuizaram ações. Os valores dos gastos federais com esse tipo de demanda judicial crescem estrondosamente: em 2005, foram despendidos aproximadamente R\$ 2,5 milhões e em 2011, inacreditáveis R\$ 266 milhões.<sup>568</sup>

As tentativas de controle, portanto, falharam. O estabelecimento de critérios objetivos pelo Supremo Tribunal Federal, a reserva do possível, o mínimo existencial e outros não conseguiram controlar as decisões que concedem medicamentos que não constam na lista do SUS. Na verdade, esses mecanismos de controle só obtiveram algum sucesso com o processo coletivo; ou seja, nos casos em que os demandantes não têm histórias e nem rostos. Neles, os juízes se colocam no lugar do administrador e fazem as contas para determinar o impacto orçamentário da concessão da medida. Neles, o atendimento ao direito à saúde fica em segundo plano.

Esquecem-se os magistrados que somente através das ações coletivas eles podem garantir que os brasileiros recebam um tratamento isonômico em relação ao direito à saúde; e que nas ações individuais eles fornecem o tratamento para um mas ao mesmo tempo negam para todos que estão em igual situação. Entende-se que esse aspecto negativo da judicialização é muito mais pernicioso que o desvio de recursos orçamentários, pois a elaboração e o cumprimento do orçamento são questões que precisam ser consideradas em qualquer afirmação sobre esse suposto “desvio”.

---

<sup>568</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, **Relatório sistêmico de fiscalização da saúde**, Brasília: Tribunal de Contas da União, 2013, p. 139.

Um dos motivos da dificuldade em estabelecer limites está justamente na concepção brasileira do direito à saúde. O modelo brasileiro é fundamentado na universalidade de atendimento e financiamento através da tributação geral, fazendo com que o sistema seja classificado como *beveridgeano*, porque segue os moldes do sistema nacional inglês criado em 1948 a partir das conclusões do Relatório Beveridge. Na década de 70, entretanto, o *National Health System* inglês foi reformulado e os serviços passaram a ser prestados por agentes públicos ou privados. O financiamento público se manteve, mas o Estado passou a ser o gerenciador dos serviços, ao invés de ser seu provedor direto. O Brasil, após 1988, possui um sistema nacional para o atendimento universal da população.<sup>569</sup>

Os princípios universalistas do SUS pretendem prestar serviço de saúde integral à população, sem discriminar seus usuários, o que significa que pessoas que podem pagar pelo tratamento podem obtê-lo gratuitamente<sup>570</sup> sem que isso viole as regras do sistema.<sup>571</sup> Todos esses aspectos do sistema dificultam a limitação da judicialização.

Na verdade, apesar de se falar constantemente em judicialização das políticas públicas, não é exatamente isso que acontece no Brasil. “Não existe judicialização da política pública de saúde,”<sup>572</sup> pois essas ações com pedido de medicamentos ou de tratamentos não discutem, de fato, políticas públicas. Elas apenas pedem uma providência relativa a uma enfermidade específica. Na verdade, sequer se discute “saúde”, no sentido de sua manutenção, de prevenção de doenças e de atendimento à população.

---

<sup>569</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer, **Direito Fundamental à Saúde: Regime Jurídico, Políticas Públicas e Controle Judicial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 173–181.

<sup>570</sup> Nesse sentido, a regra que estabelece a obrigação de ressarcimento ao SUS das operadoras de planos privados de saúde é de constitucionalidade duvidosa (art. 32 da Lei 9.656/1998). Contudo, ela teria sido afirmada pelo STF no julgamento da cautelar na ADI 1931-8 (que foi, em si, negada). O tema, porém, será apreciado novamente em controle concreto (foi reconhecida a repercussão geral no RE 597.064).

<sup>571</sup> MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein, A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose, **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 4, p. 1079–1088, 2013, p. 1090.

<sup>572</sup> A frase e a constatação são do Procurador de Justiça Marco Antonio Teixeira, do Ministério Público do Estado do Paraná.

Mesmo assim, não é possível descartar a judicialização por completo, pois os cenários são distintos em diferentes lugares do país. Embora os casos mais alardeados de judicialização envolvam medicamentos ou tratamentos muito caros e, por vezes, de caráter experimental, uma grande parte dos processos requer apenas o fornecimento de medicamentos que estão previstos na lista do SUS. São, portanto, pedidos de implementação de política pública já definida, mas não efetivada. Não há, absolutamente, como negar que essas ações são de caráter distinto das mencionadas anteriormente. Nelas, não há necessidade do exame de qualquer informação técnica ou de qualquer consideração sobre a efetividade do tratamento, porque isso já foi previamente verificado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pelo SUS e pelo CONITEC (Comitê Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS), dependendo do quão recente é o medicamento.

No Rio Grande do Sul, um dos estados com maior número de ações com pedidos de efetivação do direito à saúde (com gastos de R\$ 235 milhões em 2014)<sup>573</sup> a ausência de medicamentos que constam na lista é a uma das maiores causas de processos. Uma das causas do problema é o descumprimento do valor mínimo de recursos aplicados na saúde, que é de 12% do arrecadado com impostos estaduais, segundo a Lei Complementar n.141/2012. Em 2006 e 2007, esse valor ficou próximo dos 5%; nos três anos seguintes ficou perto dos 7%; em 2013, perto dos 8%; para alcançar apenas 9,71% em 2012.<sup>574</sup>

O Tribunal de Contas da União, através de sua Secretaria de Controle Externo no Rio Grande do Sul, realizou auditorias em 52 municípios gaúchos para verificar o investimento de recursos na saúde (de acordo com a mesma LC n. 141, municípios devem reverter 15% do arrecadado com impostos municipais para o setor) e constatou que, no ano de 2012, cerca R\$ 89 milhões foram aplicados com atraso e que os saldos

---

<sup>573</sup> Esse número, na verdade, levanta questionamentos, considerando que o gasto total com essas demandas em todo o país, em 2012, foi de R\$ 266 milhões. Ou os valores crescem em uma progressão geométrica assustadora ou o dado divulgado pelo Rio Grande do Sul engloba outros custos. VASCONCELLOS, Jorge, **Rio Grande do Sul se articula para frear a judicialização da saúde**, Conselho Nacional de Justiça, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79376-rio-grande-do-sul-se-articula-para-frear-a-judicializacao-da-saude>>, acesso em: 20 abr. 2015.

<sup>574</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, **Relatório sistêmico de fiscalização da saúde**, p. 141.

remanescentes (que não foram aplicados) ultrapassavam as dezenas de milhões. No sistema de Atenção Básica, que é a porta de entrada do SUS e que soluciona (ou deveria solucionar) a maioria dos problemas de saúde da população, foram R\$ 47 milhões não investidos, somente nos municípios analisados. Em relação à Vigilância em Saúde, R\$ 11 milhões não foram aplicados no “Incentivo Programa DST/AIDS”; o que parece entrar em conflito com o fato de que em 2010 o Rio Grande do Sul havia apresentado a maior taxa de incidência de AIDS do país.<sup>575</sup>

A questão dos investimentos em saúde, em geral, é problemática. O mesmo estudo do Tribunal de Contas constatou que vários estados não atingem o percentual mínimo de investimentos estabelecido por lei – entre eles, o estado do Paraná, que descumpriu o valor mínimo nos anos de 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012.<sup>576</sup> No orçamento estadual de 2015, o estado destinou 12% dos recursos obtidos através dos impostos estaduais à saúde, mas essa parcela da lei orçamentária está sendo contestada no Judiciário, pois para o atingimento do percentual foram incluídas despesas indevidas na área de saúde. Essa inclusão supera 207 milhões de reais, o que significa que esse valor está sendo subtraído do investimento obrigatório em saúde pública. Dentre as despesas indevidas está o custeamento dos planos de saúde de servidores públicos, que não podem ser incluídos nas verbas do SUS por não representarem investimento em serviços de saúde universais.

Devido a essas irregularidades, o Conselho Estadual de Saúde aprovou parcialmente a Proposta de Lei Orçamentária Anual de 2015 para a área da saúde, reprovando as iniciativas que não se enquadravam nas atividades típicas da área, conforme descritas no art. 3º da LC n. 141/2012. A rejeição parcial foi ignorada pela Assembleia Legislativa, que aprovou todas as iniciativas. O Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou, recentemente, ação civil pública visando evitar o dispêndio de recursos do Fundo Estadual de Saúde com essas iniciativas e a recomposição do fundo.

---

<sup>575</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>576</sup> *Ibid.*, p. 141.

Ainda sobre a questão delicada de investimentos em saúde, ressalte-se que a Lei Complementar n. 141 estabeleceu percentuais mínimos de investimento para Estados, Municípios e Distrito Federal, mas não define valores para a União: apenas determina que o valor investido não pode ser menor que o do ano anterior acrescido do percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto. O orçamento executado em 2014 dedicou apenas 3,98% dos recursos à saúde pública.<sup>577</sup>

Assim, nem todas as hipóteses veiculadas sobre a judicialização da saúde são corretas. Não é verdade que ela se destina somente à obtenção de medicamentos e tratamentos que não são fornecidos pelo sistema público. Uma análise mais cuidadosa revela que, também nesse campo (além dos problemas já mencionados em relação ao INSS), a conduta ilegal e/ou inconstitucional do Estado demanda o controle judicial.

Outra das hipóteses que merece ser duramente questionada diz respeito à captura do serviço público pelas elites, em virtude do ajuizamento de ações que desviaram os recursos que seriam utilizados para o atendimento de toda a população. Não se duvida que isso aconteça em muitos casos, mas estudos empíricos revelam que muitas das demandas têm a participação indireta das indústrias farmacêuticas. Nos processos direcionados contra o Ministério da Saúde (em conjunto ou não com outros entes da Federação) requerendo medicamentos para o tratamento das mucopolissacaridoses,<sup>578</sup> entre 2006 e 2010, constatou-se o envolvimento dos mesmos advogados (*repeat players*) e da mesma indústria. Os 196 processos analisados consumiram mais de R\$ 219 milhões em recursos e 97% deles foram destinados à Uno Healthcare. Esses processos beneficiaram 195 indivíduos (um deles ajuizou duas ações, além de existirem cinco processos com dois autores) e apenas três advogados conseguiram cerca de 60% das doses adquiridas, representando mais da metade dos

---

<sup>577</sup> Da Auditoria Cidadã da Dívida: <<http://www.auditoriacidada.org.br/e-por-direitos-auditoria-da-divida-ja-confira-o-grafico-do-orcamento-de-2012/>>.

<sup>578</sup> “...doenças genéticas degenerativas causadas pela atividade deficiente de uma das enzimas envolvidas no catabolismo dos glicosaminoglicanos (antigamente denominados mucopolissacarídeos).” A doença reduz a expectativa de vida significativamente. Destaque-se que os benefícios dos medicamentos judicializados são pequenos em termos de significância clínica. MEDEIROS; DINIZ; SCHWARTZ, A tese da judicialização da saúde pelas elites, p. 1090.

gastos totais. Muitos outros advogados atuaram nos processos, mas eles foram relacionados a apenas 10% das doses concedidas.<sup>579</sup>

Essas pesquisas questionam os indicadores que haviam sido utilizados para firmar a tese de judicialização pelas elites, como a contratação de advogados privados, o uso de serviços privados de saúde e o local de residência dos pacientes. Nesses casos, muitos dos autores se tratava em hospitais universitários públicos que são centro de referência em tratamento das mucopolissacaridoses, concentrados nas regiões Sul e Sudeste. Alguns hospitais atendem mais de 10 pacientes e nesses, predomina a situação em que um único médico indicou o tratamento a todos e todos são representados pelo mesmo advogado. Ainda, o diagnóstico da doença depende da realização de exames que não são cobertos pelo SUS, e muitos dos autores haviam migrado de sua cidade natal na época dos processos, instalando-se nas proximidades dos hospitais.<sup>580</sup>

Os pesquisadores levantaram três fatores que explicam a concentração de pacientes nos mesmos hospitais: 1) essas instituições são porta de entrada para pesquisas tecnológicas no país; 2) a “genética clínica para doenças genéticas raras” não é uma subespecialidade médica regulamentada pelo SUS, razão pela qual a assistência se concentra nesses locais; e 3) os centros listados são financiados pelas empresas que produzem ou distribuem os medicamentos judicializados.<sup>581</sup> Ressalte-se apenas que são muitos os atores interessados no cenário de judicialização e não é possível simplificar sua análise a partir de hipóteses genericamente elaboradas.

A indústria farmacêutica e distribuidores de medicamentos são atores influentes e muito relevantes, na verdade. Além das pesquisas que indicam seu envolvimento da judicialização de medicamentos não incluídos na lista do SUS, elas também são causadoras de ações referentes aos que estão na lista. Explica-se: o registro de medicamentos na ANVISA é requerido somente por essas indústrias, que

---

<sup>579</sup> *Ibid.*, p. 1093–1094; também em DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D., Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses, **Cadernos de Saúde Pública**, v. 28, n. 3, p. 479–489, 2012.

<sup>580</sup> MEDEIROS; DINIZ; SCHWARTZ, A tese da judicialização da saúde pelas elites, p. 1093–1094.

<sup>581</sup> *Ibid.*, p. 1095.



decidem para quais enfermidades ele será vinculado, mesmo que seja adequado (e até mais eficiente) para o tratamento de outras doenças. As farmacêuticas podem, portanto, usar o registro para manipular o mercado. Ainda, o remédio é incluído na lista apenas para as enfermidades que constam do registro, o que leva à propositura de ações requerendo a sua liberação para outros casos.<sup>582</sup> Ironicamente, o SUS pode ter o remédio disponível e não entregá-lo, exigindo a judicialização.

Não há regulamentação da indústria farmacêutica no Brasil, o que facilita esse tipo de abuso. Nos Estados Unidos, o *Physician Payments Sunshine Act* (algo como lei “raio de sol” dos pagamentos a médicos), parte do *Affordable Care Act* (a polêmica lei do governo Obama que reformou o serviço de saúde do país), exige que a indústria e distribuidoras de medicamentos comuniquem a um órgão público (os *Centers for Medicare and Medicaid Services*) todos os pagamentos feitos a médicos ou hospitais universitários, além de indicar que médicos (ou familiares de médicos) são seus investidores ou acionistas. Os conflitos de interesses nesses casos são evidentes, por isso a necessidade de fiscalização.

Acredita-se que uma regulamentação similar é necessária no Brasil e pode ter impactos significativos no cenário de judicialização, não só pelo envolvimento da indústria nos casos, mas também por questões relativas às despesas e ao orçamento público. Uma auditoria do TCU verificou que em 86% dos medicamentos analisados o preço praticado no Brasil era superior à média internacional.<sup>583</sup>

Por fim, tome-se a experiência de um dos estados que têm um dos melhores sistemas de distribuição de medicamentos – o Paraná.<sup>584</sup> O CEMEPAR (Centro de Estoque de Medicamentos do Paraná) controla o estoque informatizado e faz uma distribuição eficiente dos remédios, o que já o coloca em destaque, pois a maioria dos gestores de saúde aponta que um dos principais problemas do país está na gestão

---

<sup>582</sup> Só é possível retirar os medicamentos se o paciente sofre da doença vinculada ao registro. Nesses casos, uma ação coletiva teria que buscar a alteração do registro na ANVISA, e não a incorporação do remédio, já que ele faz parte da lista.

<sup>583</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, **Relatório sistêmico de fiscalização da saúde**, p. 133.

<sup>584</sup> Segundo COSENDEY, Marly Aparecida Elias *et al*, Assistência farmacêutica na atenção básica de saúde: a experiência de três estados brasileiros, **Cadernos de Saúde Pública**, v. 16, n. 1, p. 171–182, 2000.

(controles de solicitação, saída e gestão).<sup>585</sup> Em Curitiba, a distribuição de medicamentos é centralizada na Secretaria Estadual de Saúde, embora exista um outro endereço para a entrega de remédios, mas que não é divulgado pela própria secretaria.<sup>586</sup>

O cidadão que precisa dos remédios precisa se cadastrar, e para tanto são exigidos uma série de documentos e exames. As informações são fornecidas de maneira confusa (não se sabe, por exemplo, o quão recentes precisam ser os exames) e é comum que as pessoas precisem fazer várias tentativas de cadastro e serem recusadas por falta de preenchimento dos requisitos até alcançarem seu objetivo. Seguindo os protocolos do SUS, o pedido médico e as receitas precisam ser renovadas a cada três meses – cada renovação exige novos exames – e ao retirar os medicamentos do terceiro mês os documentos já precisam ser apresentados. Caso contrário, o cadastro tem que ser feito novamente.

Por ser centralizado em um só local e pelo fato de os medicamentos serem entregues mês a mês, e não de três em três meses, como o procedimento de renovação parece indicar, as filas são grandes. É comum encontrar pessoas doentes ou idosas esperando por horas. Nota-se que mesmo onde a distribuição é considerada eficiente, o atendimento do cidadão ainda é deficitário – a maioria de medicamentos é de uso contínuo e as exigências burocráticas causam o término do cadastro com facilidade. Essas pessoas ficam desamparadas quando isso acontece, porque elas não podem parar o tratamento e perdem o acesso ao remédio gratuito.<sup>587</sup> Ressalte-se que a aprovação do cadastro demora no mínimo 30 dias.

Esse quadro é agravado pelos próprios procedimentos do SUS, pois é praticamente impossível que os seus usuários possam realizar exames em um prazo tão

---

<sup>585</sup> Esse problema é superado apenas pela insuficiência de medicamentos por falha no procedimento licitatório. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, **Relatório sistêmico de fiscalização da saúde**, p. 137.

<sup>586</sup> Ao pedir informações sobre o local de cadastro e entrega de remédios, o cidadão é dirigido à Secretaria, onde só após cadastrado ele é informado de que existe um outro local – e após o cadastro não é possível trocar de centro de distribuição. É um caso kafkaniano, ou quase.

<sup>587</sup> Todas as informações sobre a distribuição de medicamentos da lista em Curitiba são da experiência da autora, que retira mensalmente o medicamento genérico micofenolato de mofetila para o tratamento de lúpus eritematoso sistêmico e nefrite lúpica.

curto de tempo. Leve-se em consideração, também, que a espera por consultas médicas na rede pública pode demorar anos, dependendo da especialidade. O Sistema Único de Saúde, segundo o Decreto n. 7.508 de 2011, art. 9º, tem quatro portas de entrada: a) atenção primária; b) atenção de urgência e emergência; c) atenção psicossocial, para os portadores de enfermidades mentais; e d) portas especiais de acesso aberto. A maioria das pessoas só consegue utilizar os serviços se entrar pela primeira porta, o que significa que para obter o medicamento ela tem que se consultar com um médico do sistema e fazer exames pelo sistema. Prescrições de médicos particulares não são admitidas nessa porta. A outra possibilidade são as portas especiais, que são de acesso aberto por permitirem o uso de prescrições e exames realizados no sistema privado. Essas portas atendem aos portadores de algumas doenças crônicas, como a AIDS e as doenças autoimunes do tecido conjuntivo. O sistema, em resumo, se auto boicota por não ter médicos suficientes<sup>588</sup> e, ao mesmo tempo, exigir que os usuários utilizem somente esses médicos.

Todos os aspectos mencionados procuram relatar a complexidade de questões relativas ao direito à saúde no Brasil. Acredita-se que muitas das violações de direitos perpetradas podem ser controladas pelo Judiciário, sendo que em alguns casos os juízes são a única possibilidade efetiva de controle. Certamente os pedidos individuais acerca de medicamentos que não estão na lista não deveriam ser, em hipótese nenhuma, considerados procedentes. Em todos esses casos, conforme já se insistiu, é instalado um tratamento desigual para os cidadãos. Eles só poderiam, a rigor, ser obtidos via pedidos de incorporação formulados em uma ação coletiva (inclua-se a ação popular) para serem acessíveis, ao menos em tese, por todos.<sup>589</sup>

Entretanto, dois fatores complicam essa simples afirmação. O primeiro deles é o alto risco da ação coletiva, que se procurou minimizar nesse trabalho através da flexibilização, da afirmação da preeminência do processo coletivo e da defesa de uso

---

<sup>588</sup> 81% dos gestores relata déficit de profissionais TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, **Relatório sistêmico de fiscalização da saúde**, p. 137.

<sup>589</sup> Não se está afirmando que ações individuais não podem ser propostas para a efetivação de direitos – por exemplo, é claro que se pode requerer um medicamento da lista que não está disponível pela via individual.

amplo da ação popular. A própria contestação do diagnóstico de judicialização da política e o desvelar do caráter político de seus supostos mecanismos de controle também serve à finalidade de promover o uso do processo coletivo para a tutela de violações de direitos. O intuito foi o de afirmar que o controle da conduta violadora estatal pode ser feito pelo Judiciário, especialmente por essa via; e destacar que a aplicação dos mecanismos de controle deve ser feita com cautela, pois os juízos envolvidos são políticos e partem de uma perspectiva unilateral.

O segundo fator é a subestimada carga emocional inerente a esses processos individuais. São decisões extremamente difíceis e que provavelmente não serão tomadas racionalmente. As ações individuais trazem o peso da responsabilidade sobre a vida ou morte de alguém para o juiz, além da ilusão de que o impacto orçamentário não será tão grande por se tratar de apenas uma pessoa. Aliás, esses dois aspectos desaparecem no processo coletivo, o que faz com que a via individual seja a opção mais estratégica (hoje) para quem pleiteia um tratamento perante o Poder Público.

Um exemplo da diferente postura dos juízes na apreciação dos processos coletivos e individuais versando sobre o direito à saúde é a ACP n. 5004835-60.2011.4.04.7000/PR, proposta inicialmente pelo Ministério Público Estadual contra o Estado do Paraná, requerendo o fornecimento do brometo de tiotrópio (mencionado no capítulo 1) aos portadores da doença pulmonar obstrutiva crônica. Posteriormente, a União foi incluída no polo passivo, o que transferiu o caso para a Justiça Federal, e o Ministério Público Federal ingressou no feito como litisconsorte ativo. A sentença, proferida pelo juiz da 1ª Vara Federal de Curitiba, negou o fornecimento, principalmente com base nas informações técnicas fornecidas pelo perito e pelo CONITEC, que indicaram que o brometo de tiotrópio não é mais eficaz que o medicamento incorporado<sup>590</sup> e, enquanto o tratamento com esse custa cerca de R\$ 10,00 por mês, por paciente, aquele tem o custo de R\$ 168,93. Entretanto, várias ações individuais requerendo o medicamento são ajuizadas a cada ano e, como mencionado anteriormente, a Procuradoria do Estado sequer contesta os pedidos, devido ao baixo custo do tratamento em relação aos custos de tramitação do processo. Note-se que no

---

<sup>590</sup> Incorporado no sentido de incluído na lista do SUS.

caso coletivo o juiz preocupou-se com a eficiência do medicamento e com a implicação orçamentária do seu fornecimento. Atualmente, nos processos individuais, os juízes não avaliam nada, pois o Estado não se defende. A interação entre processos individuais e coletivo é, no mínimo, curiosa.

Não é razoável esperar que os juízes neguem esses pedidos com facilidade. É preciso fornecer suportes para que eles possam decidir em casos difíceis de direito à saúde e a elaboração de critérios abstratos não afasta a questão emocional. Os critérios definidos pelo Supremo Tribunal Federal, além disso, não indicam o que fazer se há omissão administrativa (ausência de previsão de tratamento para aquela enfermidade).

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça criou o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde (ou apenas Fórum da Saúde), através da resolução n. 107, para elaborar estudos e propor medidas para a efetividade às decisões e para a prevenção de novos casos. O fórum é coordenado por um Comitê Executivo Nacional e composto por comitês estaduais. Esses últimos têm como integrantes juízes estaduais e federais, promotores e procuradores da República, advogados do Poder Público, defensores públicos, gestores, médicos, farmacêuticos e membros dos Conselhos de Saúde, além de serem abertos a todos os interessados. O trabalho dos comitês também serve para fornecer conhecimento técnico aos magistrados e demais envolvidos nas demandas. A divulgação desse conhecimento e a garantia de acesso a informações, a serem promovidas pelos tribunais, também foram indicadas na Recomendação n. 36/2011 do CNJ.

Acredita-se que esse trabalho de difusão de conhecimento tem potencial para reduzir o número de decisões que concedem medicamentos e tratamentos não incorporados a indivíduos, pois a informação e o apoio de um comitê especializado podem contrabalançar a carga emocional (mas nunca eliminá-la – as decisões seguirão sendo difíceis).

Por fim, acredita-se que a reforma estrutural é uma forma eficiente e interessante de efetivação do direito à saúde. Apesar do sistema de cooperação entre entes federados em matéria de saúde, entende-se que essas reformas não podem ser feitas nacionalmente. Isso não só pelos fatores óbvios de extensão territorial e

difficuldade do controle centralizado, mas principalmente pela diversidade dos cenários estaduais. Em alguns estados, como no Rio Grande do Sul, é preciso estabelecer o serviço terapêutico e de fornecimento de medicamentos da lista; em outros, como no Paraná, só seriam feitas melhorias nesse setor.

Existem, entretanto, alguns pontos em comum. O SUS falha justamente na sua principal porta de entrada – a atenção primária. O problema das filas de espera para consultas clínicas e cirurgias é gravíssimo. Uma pesquisa do IPEA procura estimar os problemas acarretados pelas filas, mas alerta que a situação é pior que a delineada no relatório, pois não existem dados agregados acerca das filas no Brasil. O estudo procura demonstrar que as próprias filas representam um custo para a Administração, pela necessidade de manutenção dos enfermos ou pela possibilidade da deterioração do seu estado de saúde; além de representarem custos para as pessoas que esperam e não podem realizar suas atividades normalmente.<sup>591</sup>

Acredita-se, assim, que reformas estruturais do sistema de saúde pública, realizadas no nível estadual, poderiam auxiliar na proteção dos direitos violados dos cidadãos brasileiros. Não existem indicativos de melhora com a troca de governo ou de representantes em geral após as eleições. Ressalte-se que a preocupação com a incorporação de tecnologias surgiu justamente com a judicialização, mas, como já se afirmou, não se judicializa a política pública de saúde, via de regra: não se pedem mais médicos, mais leitos, mais clínicas. A melhoria da atenção primária parece relegada à boa vontade de uma burocracia estatal que se perpetua apesar da renovação dos representantes eleitos.

Note-se que a aposta aqui apresentada foi de que a reforma estrutural “poderia auxiliar” no controle da violação de direitos. Mais uma vez, relembra-se que as instituições não são perfeitas e que dificilmente o Judiciário poderá solucionar o problema completamente, até porque as demandas em direito à saúde são sempre crescentes, tanto em termos quantitativos como qualitativos. Seria, todavia, um início de mudança.

---

<sup>591</sup> MARINHO, Alexandre, **Um estudo sobre as filas para internações e para transplantes no Sistema Único de Saúde brasileiro**, Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

O reconhecimento das falhas das instituições públicas brasileiras ressalta a necessidade de controle – controle de umas sobre as outras. A defesa da possibilidade de ele ser realizado pelo Judiciário procura utilizar todo o potencial do desenho institucional estabelecido na Constituição para afirmar que os tribunais já são um espaço de discussão política em que se disputa o poder de dizer o direito. O acesso a esse espaço também é importante para a democracia do país e para a proteção dos direitos dos brasileiros. Não se trata de sugestão idealista ou, como se prefere, utópica. As possibilidades existem e as apostas são factíveis – esse é o imaginado concreto da presente tese.

## FRONTEIRAS: CONSIDERAÇÕES FINAIS

*“The infinite variety of the human condition  
precludes arbitrary definition”*<sup>592</sup>

*Flexibilizar, dobrar, reinterpretar.* O objetivo de elaborar apostas baseadas no ordenamento atual revela uma tentativa de trabalhar com as margens e com os limites do direito processual civil, de esticar o que é para ver até onde se pode ir.

As fronteiras, entretanto, não são só do processo. São também do presente trabalho, que trata das potencialidades do Judiciário para controlar as violações de direitos perpetradas pelo próprio Estado que deveria guardá-los. Todas as potencialidades, entretanto, precisam ser inseridas na realidade, que é contingente e complexa por definição e, por isso, não existem garantias de resultados.

O Estado brasileiro é um só e ele se comporta de maneira esquizofrênica, violando direitos, utilizando-se dos tribunais para retardar o cumprimento de seus deveres e desrespeitando decisões judiciais; e faz isso com o apoio e a conivência do Judiciário. É por isso que não se aposta nos juízes e tribunais, mas sim no controle que pode ser exercido através deles.

Mas não se pode esquecer que *toda fronteira é, ao mesmo tempo, limitativa e enunciativa*. Ela também enuncia o que pode ser feito dentro dos novos limites alcançados. As apostas no processo coletivo (não só nele, mas na sua preeminência nas ações contra o Estado), na preferência pela tutela específica e nas reformas estruturais indicam a crença na possibilidade do controle das condutas estatais violadoras de direitos. O Judiciário pode não ser a salvação do país, mas é um espaço de discussão

---

<sup>592</sup> Ian McEwan, em *“The children act”*.



política e precisa ser reconhecido como tal. A população também pode participar da disputa pelo poder de dizer o direito e deve fazê-lo de diversas maneiras – o processo coletivo é apenas uma delas.

A busca pela fronteira foi intermediada por uma série de conclusões parciais alcançadas ao longo do trabalho:

1. Os limites entre política e direito são inapreensíveis. A crítica da atuação política do Judiciário procura estabelecer uma fronteira entre as duas esferas, mas não consegue definir exatamente qual seria o papel da atividade jurisdicional ou determinar critérios para evitar a conduta criticada.
2. A separação entre as atividades de criar e aplicar o direito é uma forma de garantir direitos individuais em um regime de governo da maioria. Além disso, a distinção buscada corresponde à resposta moderna ao paradoxo que acompanha a atitude de julgar: o juiz define o certo e o errado, mas algo precisa verificar a correteza da própria decisão. No Estado de Direito, esse algo é a lei aprovada pelos representantes democraticamente eleitos. Entretanto, a resposta apenas oculta o paradoxo e por isso é, em si, paradoxal, pois não há o que defina o certo e o errado da própria lei.
3. A inapreensibilidade não implica a coincidência entre direito e política. A interpretação judicial, embora seja atividade criativa, não é pura subjetividade nem é mera atuação política.
4. O diagnóstico de judicialização da política, corriqueiramente aceito, questiona a legitimidade das decisões políticas tomadas pelo Judiciário e demanda o seu controle. A aceitação do diagnóstico legitima a criação de instrumentos disciplinadores que são, na verdade, essencialmente políticos. Por isso, eles são incapazes de operar a separação entre direito e política, e possibilitam que o juiz “não decida” decidindo, ocultando o caráter político dessa conduta. A tentativa de controle promove a indisciplina; e essa conclusão parcial pode ser chamada de *crítica dos instrumentos*.
5. Esse diagnóstico se fundamenta em um discurso que pode ser dividido em duas premissas: a) a atividade política é estranha ao funcionamento das cortes, que passaram a desempenhá-la após a Constituição de 1988 e a partir de uma nova concepção de direito, que vai além da “mera aplicação da lei”, representando um rompimento com o passado; e b) é possível separar direito e política e impedir que as

cortes incorram nas atividades dos poderes democraticamente eleitos através do estabelecimento de limites à sua atuação. As duas premissas são insustentáveis, pois não houve tal rompimento com o passado, pois nunca houve o “juiz boca da lei”; e porque a impossibilidade de determinar limites entre direito e política impede a criação de limitações abstratas ou concretas à atividade dos tribunais. Promove-se, assim, um *curto-circuito discursivo*.

6. A tentativa de banir assuntos políticos das cortes está relacionada a uma concepção específica da separação de poderes que, por sua vez, está atrelada a uma específica concepção de direito. Essa concepção, dita legalista ou formalista, não é mais aceita e é contrastada aos conceitos contemporaneamente adotados, que admitem a existência de alguma atividade criativa do juiz. Paradoxalmente, a “evolução” conceitual é enaltecida, mas não se reconhece que ela evidencia a irreabilidade da separação absoluta entre os três poderes, baseada na completa divisão das atividades de criar e aplicar o direito. A insistência no “retorno” a uma concepção idealizada da separação de poderes (pois nunca houve o “juiz boca da lei”) oculta a *disputa continuada pelo poder de dizer o direito*.

7. Após 1988, houve uma abertura da disputa pelo poder de dizer o direito e o Judiciário passou a ser usado como espaço de discussão política. A aceitação do diagnóstico de judicialização ignora essa abertura e o seu potencial democrático. Se existem falhas no processo de disputa, devem ser buscadas soluções para elas, ao invés de fechar as portas do Judiciário para demandas que buscam a efetivação de direitos ou a proteção contra a sua violação, principalmente aquela perpetrada pelo Estado. As conclusões parciais 5, 6 e 7 compõem a *crítica do saber*.

8. O sistema de tripartição de poderes assumiu um caráter *sui generis* no Brasil, que o afasta da própria razão de ser da criação de tal sistema: a de possibilitar o controle dos atos de um poder pelo outro. Os poderes, muitas vezes, ao invés de fiscalizar e controlar, parecem perpetuar as ações inconstitucionais e ilegais dos demais. O Estado brasileiro viola os direitos dos cidadãos, é o maior litigante do país e desrespeita decisões judiciais, especialmente através do regime de precatórios, usando o Judiciário como meio para retardar o cumprimento de seus deveres e obrigações. Os tribunais são convidados a tomar decisões políticas a todo tempo, pelo próprio Estado, que litiga

incessantemente, usa o tempo da duração dos processos e suas prerrogativas processuais para manter-se inconsequente perante seus atos.

**9.** O diagnóstico de judicialização não avalia o contexto brasileiro e sua adoção descuidada pode inviabilizar o parco controle que poderia ser realizado em relação às práticas irresponsáveis estatais. Dessa forma, ele oculta não só a contínua disputa pelo poder de dizer o direito, como também esse acobertamento das irresponsabilidades estatais pela via judicial. As conclusões parciais 8 e 9 formam a *crítica da cegueira contextual*.

**10.** As três críticas formam o *contra-diagnóstico* que, por atentar-se aos três papéis representados pelo Estado brasileiro, estabelece um cenário talvez mais terrível que o da judicialização. Por isso, ressalta-se que as “propostas” do trabalho são meras *apostas* em potenciais que precisam ser desenvolvidos. Não são soluções, são proposições que se inserem numa realidade complexa e contingente. O crivo da factibilidade exige que as impossibilidades do real sejam consideradas: as instituições públicas não são perfeitas e o Judiciário tem seus próprios problemas, além de ser parte importante na manutenção do ciclo vicioso estatal (violador-litigante-descumpridor). Ainda assim, aposta-se na possibilidade de abertura do conflito pelo poder de dizer o direito e na compreensão do Judiciário como espaço de discussão política. Isso porque acredita-se que ele está em melhor condição para o rompimento do ciclo vicioso que se desenvolve ao redor dele: a sua continuidade será mais difícil com a resistência através dos tribunais.

**11.** A dimensão de apostas, a partir da factibilidade, concentra-se nas melhores alternativas do real, por isso, todas as propostas são de *lege lata*. Além disso, são pautadas por três preocupações: realizar o controle com ações em menor número e mais eficientes; promover soluções voltadas à efetivação imediata para todas as pessoas que tiveram seus direitos violados, sem ser necessária uma nova intermediação judicial; e, principalmente, promover o tratamento isonômico dos cidadãos.

**12.** O diagnóstico de judicialização não levou apenas à criação de instrumentos de controle da atividade política, ele também causou a elaboração de uma proposta: a de direcionar as questões políticas ao processo coletivo. Isso porque ele tem potencial

para trabalhar com questões de macrojustiça, que vão além do exame dos interesses individuais lesados em um caso concreto e abarcam a análise do impacto da decisão em relação à sociedade. Além disso, através dele é possível o tratamento isonômico de todos os cidadãos afetados por atos e políticas públicas ilegais ou inconstitucionais veiculadas pelo Estado. *Aposta-se, portanto, no processo coletivo*, concentrando-se no acesso coletivo à justiça, que deriva não só de preocupações instrumentalistas, mas principalmente do questionamento do individualismo metodológico que está no centro do sistema processual civil. A supervalorização do indivíduo coloca o processo individual em posição privilegiada em relação ao coletivo e ignora que nem tudo pode ser compreendido a partir da perspectiva individualizante: as relações sociais se desenvolvem de forma complexa e não podem ser apreendidas exclusivamente por essa lógica.

**13.** Em razão de uma preocupação com a efetividade da tutela coletiva, optou-se por definir categorias materiais de direitos coletivos no texto de lei. Essas categorias, porém, padecem de problemas internos à sua definição, que dificultam a compreensão de seu significado. Na verdade, as razões que levaram à criação de três categorias distintas são eminentemente processuais e não justificam a definição legal de direitos materialmente coletivos. Além disso, os problemas internos se manifestam no momento de aplicação, gerando, ironicamente, restrições à tutela coletiva.

**14.** Propõe-se a *flexibilização das categorias de direitos coletivos*. Não existem vantagens em se prender a elas – por serem categorias incertas, que despertam discordância na doutrina e na jurisprudência, elas não propiciam nem mesmo segurança jurídica; gerando, ao contrário, pura insegurança, aumentando o risco envolvido em processos coletivos, que não podem ser considerados instrumentos processuais confiáveis.

**15.** A preocupação com o tratamento isonômico dos cidadãos raramente é considerada na análise do comportamento do Estado após ter uma de suas condutas tidas como ilegais e inconstitucionais pelo Judiciário em uma ação individual, o que implica a manutenção da conduta para todos os outros cidadãos – em um cenário ideal, isso não ocorreria e o Poder Público cessaria a repetição. Como isso não acontece, reforça-se

mais uma vez a *preeminência do processo coletivo* e uso de todos os instrumentos disponíveis para a tutela coletiva, inclusive a ação popular, que é hoje subutilizada.

**16.** A potencialidade para tratar de questões de macrojustiça também justifica essa preeminência, mas a efetividade dessa análise depende da ampliação da ideia de *participação* no processo. A preocupação com a ampliação das práticas democráticas, que deveria estar presente em todos os poderes (pois não é possível se contentar com o mero *accountability* democrático formal), deve se manifestar dessa forma no Judiciário.

**17.** A *preferência pela tutela específica* nas ações voltadas ao controle das violações de direitos por parte do Estado se justifica de diversas formas: a) o regime de precatórios torna completamente ineficientes as condenações a pagar quantia em dinheiro; b) a tutela específica gera efeitos preventivos para o futuro, ao invés de reparar danos ocorridos no passado; e c) condenações em dinheiro não geram nenhum efeito preventivo nesses casos, pois o Poder Público não internaliza os custos da condenação como os agentes privados.

**18.** Aposta-se também nas medidas estruturais (*structural injunctions*) que realizam a reforma de instituições burocráticas para impedir que elas sigam violando os direitos dos cidadãos; que podem ser a única resposta a essas violações, devido à baixa probabilidade de que elas sejam reformadas pelo Executivo ou Legislativo e à manutenção de suas práticas apesar da troca de governo. Além disso, elas permitem a implementação de políticas públicas impopulares.

**19.** O poder executivo (incluindo medidas coercitivas e sub-rogatórias) do juiz no Brasil pode ser considerado fraco, mas o *contempt of court* dos Estados Unidos é demasiado grave. Aposta-se na liberdade de escolha dos meios executivos como forma de contornar a limitação brasileira, valendo-se da possibilidade de aplicação da multa coercitiva à pessoa física do agente que descumpre a ordem judicial ou o uso da figura do *receivership*.

**20.** Em relação ao problema dos *precatórios*, não solucionado pela ADI n. 4357, entende-se que eles precisam ser contabilizados como parte integrante da dívida pública. Ademais, ressalta-se que o uso dos mecanismos de controle não implica a

desnecessidade do Judiciário adotar uma postura deferente em relação aos demais poderes sempre que não for caso de violação de direitos.

**21.** Por fim, o *imaginado concreto*. Utilizou-se do exemplo da judicialização do direito à saúde, que é, ao mesmo tempo, um sucesso, pelos avanços trazidos à política pública de saúde; e um fracasso, pelos pedidos de medicamentos e tratamentos que instauram tratamento desigual entre os cidadãos. Esses últimos casos, na verdade, não judicializam a política pública, apenas exigem uma providência imediata para uma só pessoa. Mesmo assim, não é possível descartar a possibilidade de discutir esses problemas no Judiciário, principalmente pela constatação de diferentes cenários no país. Também se considera a possibilidade do SUS ser objeto de reforma estrutural (em cada estado) para tratar das violações reiteradas e comuns à maioria dos entes federados, como o descumprimento dos deveres de financiamento mínimo, as incoerências nas portas de entrada do sistema e filas de espera para consultas clínicas e cirurgias.

A elaboração de um contra-diagnóstico, na verdade, serve apenas como meio de consolidar o uso do Judiciário como espaço de discussão política e, principalmente, de assegurar o uso do processo coletivo como meio de contenção das práticas estatais violadoras de direitos. O reconhecimento das falhas no funcionamento dos três poderes demanda o incentivo das práticas de controle que podem ser usadas entre eles e não a sua atenuação. Insistir na separação idealizada de três poderes que trabalham juntos (demais) é conformar-se com o existente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**, v. 233, 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77516>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 633, p. 633–729, 2000.

\_\_\_\_\_. **We the People: Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. **We the People: The Civil Rights Revolution**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

\_\_\_\_\_. **We the People: Transformations**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ALBUQUERQUE, J.A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, v. 1, p. 111–120.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALTHUSSER, Louis. **Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Marx**. Trad. Ben Brewster. Londres: Verso, 2007. (Radical thinkers, 15).

ARENDT, Hannah. Introdução na política. In: KOHN, Jerome (Org.). **A promessa da política**. Rio de Janeiro: Difel, 2008, p. 144–265.

\_\_\_\_\_. **On revolution**. New York: Penguin Books, 2006.

\_\_\_\_\_. Reflections on Little Rock. In: **The portable Hannah Arendt**. New York: Penguin, 2000, p. 231–246.

\_\_\_\_\_. **The human condition**. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389, 2013.

\_\_\_\_\_. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In: No prelo*. [s.l.: s.n., s.d.].

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o princípio da demanda. *In: FUX, Luis; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6–50, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 1, p. 65–92, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *In: Temas de Direito Processual (primeira série)*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 110–123.

BARBOZA, Estefania Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court. **Diritto e questioni pubbliche**, v. 13, p. 407–444, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101–132.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. **Revista de Processo**, v. 130, p. 131–153, 2005.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In: CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO; DANIEL SARMENTO (Orgs.). Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875–904.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Themis - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, v. 4, n. 2, p. 13–100, 2006.



BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista brasileira de direito público**, v. 13, 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31086>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de direito administrativo econômico**, n. 3, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>.

BONE, Robert G. The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions. **George Washington Law Review**, v. 79, n. 2, p. 577–627, 2011.

BRILL, Howard W. Citizen's Relief against Inactive Federal Officials: Case Studies in Mandamus, Actions in the Nature of Mandamus and Mandatory Injunctions, The. **Akron Law Review**, v. 16, p. 339, 1982.

BUNCHRAFT, Maria Eugenia. A temática das uniões homoafetivas no Supremo Tribunal Federal à luz do debate Honneth-Fraser. **Revista DIREITO GV**, v. 8, n. 1, p. 133–156, 2014.

BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries). 2011. Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/347/](http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/347/)>. Acesso em: 24 jun. 2014.

CANOVAN, Margaret. Politics as culture: Hannah Arendt and the public realm. In: HINCHMAN, Lewis P.; HINCHMAN, Sandra K. (Orgs.). **Hannah Arendt: critical essays**. Albany: New York University Press, 1994, p. 179–205.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo**, v. 36, n. 192, p. 379–415, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. reimpressão. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. 1997. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_34/rbcs34\\_09](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09)>. Acesso em: 10 out. 2014.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, p. 1281–1316, 1975.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, v. 6, n. 1, p. 159–174, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 28, 2006.

\_\_\_\_\_. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. *In*: (no prelo): [s.n.], 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes 2011**. Brasília: [s.n.], 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>.

\_\_\_\_\_. **100 maiores litigantes 2012**. Brasília: [s.n.], 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>.

\_\_\_\_\_. **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011.

\_\_\_\_\_. **Metas nacionais do Poder Judiciário**. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-poder-judiciario/metas\\_prioritarias\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-poder-judiciario/metas_prioritarias_2013.pdf)>. Acesso em: 5 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Relatório Precatórios: reestruturação da gestão nos tribunais**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.

CONSULTOR JURÍDICO. **Haddad e Alckmin querem PEC para adiar pagamento de precatórios**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-04/haddad-alckmin-planejam-pec-alterar-regime-precatorio>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

COSENDEY, Marly Aparecida Elias *et al.* Assistência farmacêutica na atenção básica de saúde: a experiência de três estados brasileiros. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 16, n. 1, p. 171–182, 2000.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Susana Henriques da. A participação popular nas escolhas públicas por meio do Poder Judiciário: o papel das ações coletivas. *In*: LIVIANU, R. (Org.). **Justiça, Cidadania e Democracia [online]**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2008, p. 229–238.

\_\_\_\_\_. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed.

Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 451–466. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/id/10765235>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

COUSO, Javier. Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. **Revista de ciencia política (Santiago)**, v. 24, n. 2, p. 29 – 48, 2004.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, n. 77, p. 224–235, 1995.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 36, n. 193, p. 255–280, 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DELLINGER, Walter. Of Rights and Remedies: The Constitution as a Sword. **Harvard Law Review**, v. 85, p. 1532–1564, 1971.

DENT, George W. Jr. Ancillary Relief in Federal Securities Law: A Study in Federal Remedies. **Minnesota Law Review**, v. 67, p. 865, 1982.

DENTI, Vittorio. Riflessioni sulla crisi della giustizia civile. **Il Foro Italiano**, v. 108, n. 11, p. 341/342–351/352, 1985.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIIULIO, John J. **Governing prisons: a comparative study of correctional management**. New York & London: Free Press, 1987.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213–226.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Sacralità del testo costituzionale ed eresia interpretativa. La sentenza della Corte suprema brasiliana sulle unioni civili omosessuali. **Genius - Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere**, v. I, n. 2, p. 164–174, 2014.

DINAMARCO, Pedro. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 28, n. 3, p. 479–489, 2012.

DO NASCIMENTO, Carlos Valder; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DONZELLI, Romolo. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi**. Napoli: Jovene, 2008. (Pubblicazioni del Dipartimento di scienze giuridiche, Università degli studi di Roma La Sapienza, 23).

DUDLEY, Earl C., Jr. Getting beyond the Civil/Criminal Distinction: A New Approach to the Regulation of Indirect Contempts. **Virginia Law Review**, v. 79, n. 5, p. 1025–1098, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously: [with a new appendix, a response to critics]**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

ELSTER, Jon. **Peças e engrenagens das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESTREICHER, Samuel; REVESZ, Richard L. Nonacquiescence by federal administrative agencies. **Yale Law Journal**, v. 98, n. 4, p. 681–772, 1989.

FARHANG, Sean. Public Regulation and Private Lawsuits in the American Separation of Powers System. **American Journal of Political Science**, v. 52, n. 4, p. 821–839, 2008.

FEELEY, Malcolm; RUBIN, Edward L. **Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons**. Cambridge & New York: Cambridge University Press, 1998. (Cambridge criminology series).

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. **Revista do IBRAC**, n. 4, p. 87–88, 1997.

FISHKIN, James S. **When the people speak: deliberative democracy and public consultation**. New York: Oxford University Press, 2009.

FISS, Owen M. Coda. **University of Toronto Law Journal**, v. 38, n. 243, p. 229–244, 1988.

\_\_\_\_\_. Objetividade e interpretação. In: **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 272–308.

\_\_\_\_\_. The History of an Idea. **Fordham L. Rev.**, v. 78, p. 1273–1280, 2009.

\_\_\_\_\_. Against settlement. **Yale Law Journal**, v. 93, p. 1073–1092, 1983.

\_\_\_\_\_. Dombrowski. **The Yale Law Journal**, v. 86, n. 6, p. 1103–1164, 1977.

\_\_\_\_\_. Judging as practice. *In: The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003, p. 172–190.

\_\_\_\_\_. Objectivity and interpretation. *In: The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003, p. 149–171.

\_\_\_\_\_. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. The Death of Law? *In: The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003, p. 191–206.

\_\_\_\_\_. The forms of justice. *In: The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003, p. 1–47.

\_\_\_\_\_. The political theory of the class action. *In: The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003, p. 122–132.

\_\_\_\_\_. The right degree of independence. *In: The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003, p. 59–65.

\_\_\_\_\_. The social and political foundations of adjudication. *In: The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003, p. 48–58.

FONSECA, Juliana Pondé. Acesso à justiça. *In: CLÈVE, Clémerson Merlin (Org.). Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 2, p. 549–568.

\_\_\_\_\_. **Problemas estruturais do Judiciário: por um processo civil factível**. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

FORTES, Luiz Henrique Krassuski. **Justificação dos precedentes: Direito como planejamento, Poder Judiciário e motivação a partir do precedente**. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, p. 353–409, 1978.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GEDIEL, Antonio Peres *et al.* **Mapa Territorial, Temático e Instrumental da Assessoria Jurídica e Advocacia Popular no Brasil**. Brasília, Curitiba, João Pessoa: [s.n.], 2011. Disponível em: <[http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/assessoria\\_juridica\\_e\\_advocacia\\_popular\\_no\\_brasil.pdf](http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/assessoria_juridica_e_advocacia_popular_no_brasil.pdf)>. Acesso em: 5 maio 2013.

GIDI, Antonio. Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 2, p. 311–408, 2003.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

GOMES, Marcelo. **TJ-RJ aprova auxílio-moradia retroativo a 10 anos - Política**. Estadão. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tj-rj-aprova-auxilio-moradia-retroativo-a-10-anos,1025100>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

GRAU, Eros Roberto. Discricionariedade técnica e parecer técnico. **Revista de Direito Público**, v. 93, p. 114–121, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Hannah Arendt's communications concepts of power. In: HINCHMAN, Lewis P.; HINCHMAN, Sandra K. (Orgs.). **Hannah Arendt: critical essays**. Albany: New York University Press, 1994, p. 211–228.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direito, estado e lei no liberalismo português**. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. **La gracia del derecho: economia de la cultura en la edad moderna**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. Lei e justiça: história e perspectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade: história e perspectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 7–58.

\_\_\_\_\_. “Tomando a história a sério”: os exegetas segundo eles mesmos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **As formas do Direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)**. Curitiba: Juruá, 2013.

HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica de la razón utópica**. Bilbao: Editorial Desclée, 2002.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Evolução dos Registros de Nascimentos por Unidades da Federação 2008**. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2008/evolucao\\_2008.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2008/evolucao_2008.pdf)>.

INNOCENTI, Marco Antonio. **Supremo Tribunal Federal coloca ponto final na inadimplência dos precatórios**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-09/marco-innocenti-ponto-final-inadimplencia-precatorios>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal e IPEA, 2012. (Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários).

JOHNSEN, Dawn E. Ronald Reagan and the Rehnquist Court on Congressional Power: Presidential Influences on Constitutional Change. **Indiana Law Journal**, v. 78, p. 363, 2003.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. Reflexões sobre o orçamento impositivo: as emendas individuais impositivas. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 47, p. 239–256, 2014.

KENNEDY, Duncan. La distinción entre decisión judicial e legislación. In: **Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 105–126.

KLARMAN, Michael J. How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis. **The Journal of American History**, v. 81, n. 1, p. 81–118, 1994.

KLUG, Heinz. Law, Politics, and Access to Essential Medicines in Developing Countries. **Politics & Society**, v. 36, n. 2, p. 207–246, 2008.

KMIEC, Keenan. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441–1478, 2004.

KOERNER, Andrei. Sobre “a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil”: uma análise crítica. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **As formas do Direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 527–568.

KOMESAR, Neil K. **Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

KONIAK, Susan P. Feasting While the Widow Weeps: *Georgine v. Amchem Products Inc.* **Cornell Law Review**, v. 80, p. 1045–1158, 1994.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LABUNSKI, Richard E. Collateral Bar Rule and the First Amendment: The Constitutionality of Enforcing Unconstitutional Orders, The. **American University Law Review**, v. 37, p. 323–377, 1987.

LEAL, Victor Nunes. Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin;

BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **Defesa da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 1321–1341. (Doutrinas essenciais de Direito Constitucional).

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. *In: Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 635–648.

LEVINE, David I.; JUNG, David J.; THOMAS, Tracy A. **Remedies: public and private**. 5. ed. St. Paul: Thomson/West, 2009. (American casebook series).

LEVINSON, Daryl J. Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 2, p. 345–420, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LILLIE, Christine; JANOFF-BULMAN, Ronnie. Macro versus micro justice and perceived fairness of truth and reconciliation commissions. *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology*, v. 13, n. 2, p. 221–236, 2007.

LIMONGI, Fernando. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. *In: WEFFORT, Francisco (Org.). Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, v. 1, p. 245–252.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010.

LUHMANN, Niklas. The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History. *Journal of Law and Society*, v. 15, n. 2, p. 153–165, 1988.

LYNCH, Gerard E. Democracy and distrust: a theory of judicial review. *Columbia Law Review*, v. 80, n. 4, p. 857–866, 1980.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua nova*, v. 57, p. 113–133, 2002.

MADISON, James. **The Federalist n. 47: The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts**. Disponível em: <[http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed\\_47.html](http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_47.html)>. Acesso em: 7 jul. 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINHO, Alexandre. **Um estudo sobre as filas para internações e para transplantes no Sistema Único de Saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 49, p. 11–58, 2010.



\_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2a. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Direito Processual Civil: tutela de direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro. **Revista Forense**, v. 55, n. 178, p. 42–50, 1958.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da Administração. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, v. 14, \_\_\_\_\_ 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=1607>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 27 rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Orgs.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 326–332.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 4, p. 1079–1088, 2013.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2a. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (Temas atuais de direito processual civil, v. 4).

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 231–278.

MIGNOLO, Walter. **La Idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial**. Barcelona: Gedisa, 2007.

\_\_\_\_\_. **Local Histories /Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges and Border Thinking**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

MINOW, Martha. Introduction. *In: In Brown's wake: legacies of America's educational landmark*. New York; Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1–4.

\_\_\_\_\_. What Brown awakened. *In: In Brown's wake: legacies of America's educational landmark*. New York; Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 5–32.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da moralidade e seu controle objetivo. *In: PIRES, L.M.F.; ZOCKUN, M.; ADRI, R. P. (Orgs.). Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 99–107.

MOREIRA, Egon Bockmann; KANAYAMA, Rodrigo Luís. A solvência absoluta do Estado vs. a reserva do possível. *In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; DA GAMA, João Taborda (Orgs.). Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, v. 1, p. 139–160.

MOURA, Tatiana Whately de *et al.* Mapa da Defensoria Pública no Brasil. 2013. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2419>>. Acesso em: 8 maio 2014.

NELLES, Walter. The Summary Power to Punish for Contempt. *Columbia Law Review*, v. 31, n. 6, p. 956–974, 1931.

NEUMANN, Franz. **O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. Argentina: Astrea, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Pedro. **Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a dívida pública da União, Estados e Municípios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpidivi/relatorio-final-aprovado/relatorio-final-versao-autenticada>>.

OSNA, Gustavo. **Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

PEREIRA, Luís Fernando. O Império Português: a centralidade do concelho e da cidade, espaço da cultura jurídica. *In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). As formas*

**do Direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade).** Curitiba: Juruá, 2013, p. 577–633.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção O novo processo civil).

PERES, Maria Fernanda Tourinho *et al.* Homicídios, desenvolvimento socioeconômico e violência policial no Município de São Paulo, Brasil. **Rev Panam Salud Publica**, v. 23, n. 4, p. 268–76, 2008.

PITKIN, Hanna Fenichel. Justice: on relating the private and the public. *In*: HINCHMAN, Lewis P.; HINCHMAN, Sandra K. (Orgs.). **Hannah Arendt: critical essays.** Albany: New York University Press, 1994, p. 261–288.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde: Regime Jurídico, Políticas Públicas e Controle Judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO FILHO, José Alves. **Receituário agrônomo: a construção de um instrumento de apoio à gestão dos agrotóxicos e sua controvérsia.** Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, 2000. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/90/90131/tde-31082008-183047/>>. Acesso em: 7 fev. 2015.

RAMALHO, Renan. **Governos deverão pagar precatórios atrasados até fim de 2020, decide STF.** G1 Economia. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/03/governos-deverao-pagar-precatorios-atrasados-ate-fim-de-2020-decide-stf.html>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

RENDLEMAN, Doug. Compensatory Contempt: Plaintiff's Remedy When a Defendant Violates an Injunction. **University of Illinois Law Forum**, v. 1980, p. 971–1010, 1980.

RIOS, Odilon. **AL: 3º Estado mais pobre, marajás ganham 3 vezes teto do STF.** Terra. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/,c31241e0c9d0b410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro).** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. Franz Neumann: o direito liberal para além de si mesmo. *In*: MARCOS NOBRE (Org.). **Curso livre de teoria crítica.** Campinas: Papyrus, 2008, p. 97–116.

ROMAN, Flávio José. O controle da discricionariedade da Administração pelo princípio constitucional da proporcionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 67, p. 52, 2009.

ROSENBERG, Gerald. Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep-Seated Social Conflict through Litigation. **Law and Inequality: A**

**Journal of Theory and Practice**, v. 24, n. 31, 2006. Disponível em: <[http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get\\_pdf.cgi?handle=hein.journals/lieq24&section=1](http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/lieq24&section=1)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

RUBIN, Edward L.; FEELEY, Malcolm M. Judicial Policy Making and Litigation Against the Government. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, v. 5, n. 3, p. 617–664, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Fichtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13–50.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.].

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113–146.

SCHLANGER, Margo. Civil rights injunctions over time: A case study of jail and prison court orders. **New York University Law Review**, p. 550–630, 2006.

SCHOENBROD, David S.; SANDLER, Ross. **Democracy by decree: what happens when courts run the government**. New Haven: Yale University Press, 2003.

SCHWARTZ, Alan. The Case for Specific Performance. **Yale Law Journal**, v. 89, n. 271, p. 270–306, 1979.

SECONDAT, Charles-Louis (Baron de Montesquieu). **The spirit of laws**. Disponível em: <[http://www.constitution.org/cm/sol\\_11.htm#006](http://www.constitution.org/cm/sol_11.htm#006)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

SHAVELL, Steven. Specific Performance versus Damages for Breach of Contract. **Harvard’s John M. Olin Center for Law, Economics and Business**, v. Discussion paper no. 532, 2005. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista DIREITO GV**, v. 2, n. 1, p. 191–210, 2006.

SINCLAIR, Robert C.; MARK, Melvin M. Mood and the Endorsement of Egalitarian Macrojustice Versus Equity-Based Microjustice Principles. **Personality and Social Psychology Bulletin**, v. 17, n. 4, p. 369–375, 1991.

STONE SWEET, Alec. Judicialization and the Construction of Governance. **Comparative Political Studies**, v. 31, p. 147–184, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência. **Interesse Público**, n. 16, p. 23–38, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. Law and Administration after “Chevron”. **Columbia Law Review**, v. 90, n. 8, p. 2071–2120, 1990.

TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 241, p. 337–358, 2015.

\_\_\_\_\_. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins 12**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135–166.

TANGER, Jacob. The Check and Balance System and its Reversion. **Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 64, p. 1–10, 1916.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo**, v. 110, n. 28, p. 141–158, .

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 37–57, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63–78.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório sistêmico de fiscalização da saúde**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2013. Disponível em: <[http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias\\_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf](http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf)>.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. **Ranking das 25 empregadoras com maior número de processos trabalhistas no TRT 9ª Região**. Curitiba: [s.n.], 2014.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, Office of Legal Policy. **Report to the Attorney General - Justice without law: a reconsideration of the “broad equitable powers” of the federal courts**. [s.l.: s.n.], 1988.

VALENTE, Ivan. **Voto em separado - Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a dívida pública da União, Estados e Municípios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2012/08/Voto-em-separado.pdf>>.

VASCONCELLOS, Jorge. **Rio Grande do Sul se articula para frear a judicialização da saúde**. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79376-rio-grande-do-sul-se-articula-para-frear-a-judicializacao-da-saude>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

VENTURA, Miriam. Strategies to promote and guarantee the rights of people living with HIV/AIDS. **Divulgação em Saúde para Debate**, v. 27, p. 239–246, 2003.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 483–502.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: Juspodivm, 2013.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 349–371.

WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonarcosi de; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mário Gomes (Org.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 269–328. Disponível em: <<http://eprints.lse.ac.uk/52341/>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

WEINBERG, Joanna Kudisch. The Judicial Adjunct and Public Law Remedies. **Yale Law & Policy Review**, v. 1, n. 2, p. 367–394, 1983.

WILLIAMS, Juan. **The legacy of Little Rock**. Disponível em: <<http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1663841,00.html>>. Acesso em: 8 fev. 2010.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Lanham: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

XAVIER, Ângela Barreto; HESPANHA, António Manuel. A representação da sociedade e do poder. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **História de Portugal, quarto volume: o Antigo Regime (1620-1807)**. Lisboa: Editorial Estampa, 1993, p. 113–140.

YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. **Por amor ao mundo: a vida e a obra de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

ZARING, David. National Rulemaking through Trial Courts: The Big Case and Institutional Reform. **UCLA Law Review**, v. 51, p. 1015–1078, 2004.

\_\_\_\_\_. Three Models of Constitutional Torts. **Journal of Tort Law**, v. 2, n. 1, p. 1–28, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

**Auditoria Cidadã da Dívida**. Disponível em: <<http://www.auditoriacidada.org.br/>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

**Notícias STF: União questiona decisão que determinou pagamento de auxílio-moradia a juízes federais**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276625>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

**ANEXO*****CONSENT DECREE DO CASO U.S. v. DELAWARE***



**IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT  
FOR THE DISTRICT OF DELAWARE**

## Defendants

CIVIL ACTION NO:

# SETTLEMENT AGREEMENT

- A. The State of Delaware ("the State") and the United States (together, "the Parties") are committed to full compliance with Title II of the Americans with Disabilities Act ("the ADA"), 42 U.S.C. § 12101 and Section 504 of the Rehabilitation Act of 1973, 29 U.S.C. § 794. This agreement is intended to ensure the State's compliance with the ADA, the Rehabilitation Act, and implementing regulations at 28 C.F.R. Part 35, and 45 C.F.R. Part 84 ("Section 504"), which require, among other provisions, that, to the extent the State offers services to individuals with disabilities, such services shall be provided in the most integrated setting appropriate to meet their needs. Accordingly, throughout this document, the Parties intend that the principles of self-determination and choice are honored and that the goals of community integration, appropriate planning, and services to support individuals at risk of institutionalization are achieved.
- B. The United States Department of Justice ("United States") initiated an investigation of Delaware Psychiatric Center ("DPC"), the State's psychiatric hospital, in November 2007 and completed on-site inspections of the facility and community services in May 2008 and August 2010. Following the completion of its investigation, the United States issued a findings letter notifying the State of its conclusions on November 9, 2010.
- C. The State engaged with the United States in open dialogue about the allegations and worked with the United States to resolve the alleged violations of federal statutory rights arising out of the State's operation of DPC and provision of community services for individuals with mental illness.

- D. In order to resolve all issues pending between the Parties without the expense, risks, delays, and uncertainties of litigation, the United States and the State agree to the terms of this Settlement Agreement as stated below. This agreement resolves the United States' investigation of DPC, as well as its ADA investigation.
- E. By entering into this Settlement Agreement, Delaware does not admit to the truth or validity of any claim made against it by the United States.
- F. The Parties acknowledge that the Court has jurisdiction over this case and authority to enter this Settlement Agreement and to enforce its terms as set forth herein.
- G. No person or entity is intended to be a third-party beneficiary of the provisions of this Settlement Agreement for purposes of any other civil, criminal, or administrative action, and accordingly, no person or entity may assert any claim or right as a beneficiary or protected class under this Settlement Agreement in any separate action. This Settlement Agreement is not intended to impair or expand the right of any person or organization to seek relief against the State or their officials, employees, or agents.
- H. The Court has jurisdiction over this action pursuant to 28 U.S.C. § 1331; 28 U.S.C. § 1345; and 42 U.S.C. §§ 12131-12132. Venue is proper in this district pursuant to 28 U.S.C. § 1391(b).

## **II. Substantive Provisions**

- A. In order to comply with this agreement, the State must prevent unnecessary institutionalization by offering the community-based services described in this Section (II) to individuals in the target population. The services must be developed and provided according to the implementation timeline described in Section III. The services may be provided directly by the State or through a contract managed by the State.

### **B. Target Population**

1. The target population for the community services described in this section is the subset of the individuals who have serious and persistent mental illness (SPMI) who are at the highest risk of unnecessary institutionalization. SPMI is a diagnosable mental, behavioral, or emotional disorder of sufficient duration to meet diagnostic criteria and has been manifest in the last year, has resulted in functional impairment which substantially interferes with or limits one or more major life activities, and has episodic, recurrent, or persistent features.
2. Priority for receipt of services will be given to the following individuals within the target population due to their high risk of unnecessary institutionalization:
  - a. People who are currently at Delaware Psychiatric Center, including those on forensic status for whom the relevant court approves community placement;

- b. People who have been discharged from Delaware Psychiatric Center within the last two years and who meet any of the criteria below;
- c. People who are, or have been, admitted to private institutions for mental disease ("IMDs") in the last two years;
- d. People with SPMI who have had an emergency room visit in the last year, due to mental illness or substance abuse;
- e. People with SPMI who have been arrested, incarcerated, or had other encounters with the criminal justice system in the last year due to conduct related to their serious mental illness; or
- f. People with SPMI who have been homeless for one full year or have had four or more episodes of homelessness in the last three years;
- g. People in the State who have SPMI may request services described in Section II of this agreement or may be referred for such services by a provider, family member, advocate, or State agency staff. Once the State receives a request or referral, the person with SPMI will be placed on the State's Target Population List.
- h. Priority for receipt of services among those on the Target Population List will go to people who meet one of the criteria listed in II.B.2.a-f.

### **C. Crisis Services**

1. The State shall develop a statewide crisis system. The crisis system shall:
  - a. Provide timely and accessible support to individuals with mental illness experiencing a behavioral health crisis, including a crisis due to substance abuse;
  - b. Stabilize individuals as quickly as possible and assist them in returning to their pre-crisis level of functioning;
  - c. Provide solution-focused and recovery-consistent interventions that are intended to be diversionary in nature and avoid unnecessary hospitalizations, incarceration, or placement in a crisis stabilization program;
  - d. Serve as an entry point to the mental health system. This shall include developing and implementing a pre-screening function that includes appropriate diversions and ensures that the State has a central role in determining whether an individual is involuntarily admitted to a psychiatric hospital (DPC or IMDs); and
  - e. Assess the individual's needs, identify the supports and services that are

necessary to meet those needs, and connect the individual to those services.

## **2. Crisis System Components**

### **a. Crisis Hotline**

- i. The crisis hotline is a toll-free statewide telephone system that people can use to access information about and referrals to local resources.
- ii. The crisis hotline will be staffed 24 hours per day, 7 days per week with licensed clinical professionals who are able to assess the crisis by phone and assist the caller in identifying and connecting with local services. Where necessary, the crisis hotline will dispatch a mobile crisis team.

### **b. Mobile Crisis Teams**

- i. Mobile crisis teams respond to people at their homes and in other community settings and offer services, support and treatment to de-escalate the crisis without removing the individual from the community. Crisis teams include clinicians trained to provide emergency services, clinicians trained to provide substance abuse services and peer specialists.
- ii. Mobile crisis teams work with trained law enforcement personnel to respond to people in mental health crisis who come into contact with law enforcement.
- iii. Mobile crisis teams are available 24 hours per day, 7 days per week and respond to crises within one hour.

### **c. Crisis Walk-In Centers**

- i. Crisis walk-in centers provide community-based psychiatric and counseling services to people experiencing a mental health crisis. Staff assess, treat, and refer individuals experiencing a crisis without removing them from their homes and community.
- ii. Where an individual who comes into contact with law enforcement personnel is in need of mental health services, law enforcement officers can refer or bring individuals to the local crisis walk-in center.
- iii. The walk-in centers will be staffed 24 hours per day, 7 days per week with licensed clinical professionals.

### **d. Crisis Stabilization Services**

- i. Crisis stabilization services are short-term acute inpatient care intended to stabilize an individual and avoid long-term psychiatric hospitalization. Lengths of stay shall be limited to no longer than 14 days.
- ii. Prior to admitting an individual for crisis stabilization services, the State shall, to the extent permitted by law, determine that such services are required and that admission of the individual could not be avoided through the use of other services.
- iii. When an individual is admitted for acute care, intensive support service providers will engage with the individual within 24 hours of admission in order to facilitate a quick return to the community with necessary supports.
- iv. The discharge of any individual receiving state-funded crisis stabilization services will be completed in accordance with the requirements in Section IV.

**e. Crisis Apartments**

- i. Crisis apartments are apartments where individuals experiencing a psychiatric crisis can stay for up to seven days to receive support and stabilization services in the community before returning home. These apartments serve as an alternative to hospitalization and the clinical and peer staff assists individuals in de-escalating crises without leaving the community.
- ii. Each crisis apartment will have peer staff on-site 24 hours per day, 7 days per week and will have licensed clinical staff on-call 24 hours per day, 7 days per week.

**D. Intensive Support Services**

1. The State shall develop a continuum of support services intended to meet the varying needs of individuals with mental illness. The support system shall:
  - a. Be flexible and individualized to meet the needs of the individual;
  - b. Promote successful community living, including the retention of housing;
  - c. Help individuals to increase individuals' abilities to recognize and deal with situations that may otherwise result in crises; and
  - d. Increase and improve individuals' networks of community and natural supports, as well as their use of these supports for crisis prevention.

**2. Support System Components**

**a. Assertive Community Treatment (ACT)**

- i. ACT teams deliver comprehensive, individualized, and flexible support, services, and rehabilitation to individuals in their homes and communities. An ACT team is a multidisciplinary group of professionals including a psychiatrist, a nurse, a psychologist, a social worker, a substance abuse specialist, a vocational rehabilitation specialist and a peer specialist. Services are customized to an individual's needs and vary over time as needs change. Among the services that may be offered to a client at a given time are: case management, initial and ongoing assessments, psychiatric services, assistance with employment and housing, family support and education, substance abuse services, crisis services, and other services and supports critical to allow the individual to live independently in the community.
- ii. ACT Team services are available 24 hours per day, 7 days per week.
- iii. Each ACT team, comprised of between 7-10 members, will serve no more than 10 people per ACT team member.
- iv. ACT teams will operate with fidelity to the Dartmouth Assertive Community Treatment model.

**b. Intensive Case Management (ICM)**

- i. Intensive Case Management teams provide coordination of treatment and support services. The teams are supervised by licensed, master's level clinical mental health professionals who supervise case managers and offer direct support to individuals as needed. Case managers work with individuals to help them identify and access community supports and services, including needed medical, social, educational, housing, and other services.
- ii. ICM teams will serve no more than 20 people per team member and each supervisor will manage no more than 10 case managers.

**c. Case Management (CM)**

- i. Case Management providers coordinate treatment and support services. Case managers work with individuals to help them identify and access community supports and services, including needed medical, social, educational, housing and other services.
- ii. Case managers will each serve no more than 35 individuals and each supervisor will manage no more than 15 case managers.

## **E. Housing**

1. The State will support individuals in the target population living in their own homes. The housing services will:

- a. Ensure that people with SPMI can live like the rest of Delawareans, in their own homes, including leased apartments, houses, or living with their family;
- b. Offer people choice regarding where they live and with whom;
- c. Provide an array of supportive services that vary according to people's changing needs and promote housing stability.

### **2. Supported Housing**

- i. Supported housing is permanent housing with tenancy rights and support services that enables people to attain and maintain integrated affordable housing. Support services offered to people living in supported housing are flexible and are available as needed and desired, but are not mandated as a condition of tenancy.
- ii. The State will fund rental subsidies or vouchers to ensure that supported housing apartments are affordable to individuals with limited incomes, including those receiving SSI benefits. The State will also provide additional bridge funding to cover deposits and other household necessities that individuals require as they procure and set up a new apartment.
- iii. Supported housing provided under this agreement may be in the form of assistance from the Division of Substance Abuse and Mental Health, the Delaware State Housing Authority, the federal Department of Housing and Urban Development, and from any other governmental or private source. Nothing in this agreement shall require the State to forgo federal funding or federal programs to provide housing for individuals in the target population. To count as supported housing for purposes of meeting the State's obligations under Part III.I., however, all new housing created under this agreement must satisfy the requirements of Part II.E.
- iv. All new housing created under this agreement will be scattered site supported housing, with no more than 20% of the units in any building to be occupied by individuals with a disability known to the State.
- v. All new supported housing created under this agreement will have no more than two people in a given apartment, with a private bedroom for each person. If two people are living together in an apartment, the individuals must be able to select their own roommates.

- vi. Supported housing providers cannot reject individuals for placement due to medical needs or substance abuse history.

## **F. Supported Employment and Rehabilitation Services**

1. The State shall develop options for people to work or access education and rehabilitation services. The supported employment and rehabilitation services shall:
  - a. Offer integrated opportunities for people to earn a living or to develop academic or functional skills; and
  - b. Provide individuals with opportunities to make connections in the community.
2. Supported Employment and Rehabilitation Services Components
  - a. Supported Employment
    - i. Supported employment is a service through which individuals receive assistance in preparing for, identifying, attaining, and maintaining integrated, paid, competitive employment. Among the services that a provider may offer is job coaching, transportation, assistive technology, specialized job training, and individually tailored supervision.
    - ii. Supportive employment providers will adhere to an evidence-based model for supporting people in their pursuit of and maintenance of work opportunities.
  - b. Rehabilitation Services
    - i. Rehabilitation services include education, substance abuse treatment, volunteer work, and recreational activities, and other opportunities to develop and enhance social, functional and academic skills in integrated settings. With respect to the State's application for Medicaid funding for such services, the definition at 42 CFR 440.130 shall take precedence over the definition listed herein and the explanation of Rehabilitation Services herein is for the purposes of enforcement of this Settlement Agreement only.

## **G. Family and Peer Supports**

### **1. Family Supports**

- a. Family supports are designed to teach families skills and strategies for better supporting their family members' treatment and recovery in the community. Supports include training on identifying a crisis and connecting people in crisis to services as well as education about mental illness and



about available ongoing community-based services.

- b. Family supports can be provided in individual and group settings.

## **2. Peer Supports**

- a. Peer supports are services delivered by trained individuals who have personal experience with mental illness and recovery to help people develop skills in managing and coping with symptoms of illness, self-advocacy, identifying and using natural supports.
- b. Peer supports can be provided in individual and group settings, in person or by phone.

- H. The State shall ensure that providers of services listed in this Section (II) have linguistic and cultural competence to serve all individuals in the target population.

## **III. Implementation Timeline**

### **A. Crisis Hotline**

- 1. By January 1, 2012 the State will develop and make available a crisis line for use 24 hours per day, 7 days per week.
- 2. By July 1, 2012 the State will provide publicity materials and training about the crisis hotline services in every hospital, police department, homeless shelter, and department of corrections facility in the State. The training will be developed in consultation with the Monitor.

### **B. Mobile Crisis Services**

- 1. By July 1, 2012 the State will make operational a sufficient number of mobile crisis teams such that a team responds to a person in crisis anywhere in the state within one hour.
- 2. By July 1, 2013 the State will train all state and local law enforcement personnel about the availability and purpose of the mobile crisis teams and on the protocol for calling on the team.

### **C. Crisis Walk-in Centers**

- 1. In addition to the crisis walk-in center in New Castle County serving the northern region of the State, by July 1, 2012, the State will make best efforts to make operational one crisis walk-in center in Ellendale to serve the southern region of the State. The crisis center in Ellendale shall be operational no later than September 1, 2012.

2. By July 1, 2013 the State will train all state and local law enforcement personnel about the availability and purpose of the crisis walk-in centers and on the protocol for referring and transferring individuals to walk-in centers.

#### **D. Crisis Stabilization Services**

1. By July 1, 2012 the State will ensure that an intensive services provider meets with every individual receiving acute inpatient crisis stabilization services within 24 hours of admission in order to facilitate return to the community with the necessary supports and that all transition planning is completed in accordance with Section IV.
2. By July 1, 2013 the State will train all provider staff and law enforcement personnel to bring people experiencing mental health crises to crisis walk-in centers for assessment, rather than to local emergency rooms or IMDs.
3. By July 1, 2014 the number of annual State-funded patient days in acute inpatient settings in the State will be reduced by 30% from the State's baseline on the Effective Date of the Settlement Agreement as determined by the Monitor and the Parties.
4. By July 1, 2016 the number of annual State-funded patient days in acute inpatient settings in the State will be reduced by 50% from the State's baseline on the Effective Date of the Settlement Agreement as determined by the Monitor and the Parties.

#### **E. Crisis Apartments**

1. By July 1, 2012 the State will make operational two crisis apartments.
2. By July 1, 2013 the State will make operational a minimum of two additional crisis apartments, ensuring that the four apartments total are spread throughout the State.

#### **F. Assertive Community Treatment**

1. By July 1, 2012 the State will expand its 8 ACT teams to bring them into fidelity with the Dartmouth model.
2. By September 1, 2013 the State will add 1 additional ACT teams that are in fidelity with the Dartmouth model.
3. By September 1, 2014 the State will add 1 additional ACT team that is in fidelity with the Dartmouth model.
4. By September 1, 2015 the State will add 1 additional ACT team that is in fidelity with the Dartmouth model.

#### **G. Intensive Case Management**

1. By July 1, 2012 the State will develop and begin to utilize 3 ICM teams.
2. By January 1, 2013 the State will develop and begin to utilize 1 additional ICM team.

#### **H. Case Management**

1. By July 1, 2012 the State will train and begin to utilize 15 case managers.
2. By September 1, 2013 the State will train and begin to utilize 3 additional case managers.
3. By September 1, 2014 the State will train and begin to utilize 3 additional case managers.
4. By September 1, 2015 the State will train and begin to utilize 4 additional case managers.

#### **I. Supported Housing**

1. By July 11, 2011, the State will provide housing vouchers or subsidies and bridge funding to 150 individuals. Pursuant to Part II.E.2.d., this housing shall be exempt from the scattered-site requirement.
2. By July 1, 2012 the State will provide housing vouchers or subsidies and bridge funding to a total of 250 individuals.
3. By July 1, 2013 the State will provide housing vouchers or subsidies and bridge funding to a total of 450 individuals.
4. By July 1, 2014 the State will provide housing vouchers or subsidies and bridge funding to a total of 550 individuals.
5. By July 1, 2015 the State will provide housing vouchers or subsidies and bridge funding to a total of 650 individuals.
6. By July 1, 2016 the State will provide housing vouchers or subsidies and bridge funding to anyone in the target population who needs such support. For purposes of this provision, the determination of the number of vouchers or subsidies and bridge funding to be provided shall be based on: the number of individuals in the target population who are on the State's waiting list for supported housing; the number of homeless individuals who have a serious persistent mental illness as determined by the 2016 Delaware Homeless Planning Council Point in Time count; and the number of individuals at DPC or IMDs for whom the lack of a stable living situation is a barrier to discharge. In making this determination, there should be due consideration given to (1) whether such community-based services are appropriate, (2) the individuals being provided such services do not oppose community-based treatment, and (3) the resources available to the State and the needs of other persons with

disabilities. Olmstead v. L.C., 527 U.S. 581 at 607 (1999).

#### **J. Supported Employment**

1. By July 1, 2012 the State will provide supported employment to 100 individuals per year.
2. By July 1, 2013 the State will provide supported employment to 300 additional individuals per year.
3. By July 1, 2014 the State will provide supported employment to an additional 300 individuals per year.
4. By July 1, 2015 the State will provide supported employment to an additional 400 individuals per year.
5. In addition, by January 1, 2012 all individuals receiving ACT services will receive support from employment specialists on their ACT teams.

#### **K. Rehabilitation Services**

1. By July 1, 2012 the State will provide rehabilitation services to 100 individuals per year.
2. By July 1, 2013 the State will provide rehabilitation services to 500 additional individuals per year.
3. By July 1, 2014 the State will provide rehabilitation services to an additional 500 individuals per year.

#### **L. Family and Peer Supports**

1. By July 1, 2012 the State will provide family or peer supports to 250 individuals per year.
2. By July 1, 2013 the State will provide family or peer supports to 250 additional individuals per year.
3. By July 1, 2014 the State will provide family or peer supports to an additional 250 individuals per year.
4. By July 1, 2015 the State will provide family or peer supports to an additional 250 individuals per year.

### **IV. Transition Planning**

#### **A. Assessment and Placement of People Currently in Institutional Settings**

1. Each individual, now in or being admitted to DPC or an IMD, shall have a transition team including clinical staff and a representative of a community-based mental health provider.
  - a. Discharge planning shall begin upon admission.
  - b. Discharge assessments shall begin with the presumption that with sufficient supports and services, individuals can live in an integrated community setting.
  - c. Discharge planning shall be developed and implemented through a person-centered planning process, in which the individual has a primary role, and based on principles of self-determination. Discharge planning teams shall have the linguistic and cultural competence to serve all individuals. The goal of discharge planning is to assist the individual in developing a plan to achieve outcomes that promote the individual's growth, well being, and independence, based on the individual's strengths, needs, goals, and preferences, in the most integrated settings in all domains of the individual's life (including community living, activities, employment, education, recreation, healthcare, and relationships).
  - d. The team will meet within five days of admission to identify needed services and supports that would allow the individual to return to the community, regardless of whether currently available.
  - e. The community provider must meet with the individual before the initial team meeting and then at least once every month while services are being planned and developed.
  - f. The team should engage a peer specialist who has utilized supports similar to those recommended for the individual to help prepare the individual for the transition to the community.
2. A re-assessment will commence for all individuals currently in DPC or an IMD within 30 days after this agreement is signed.
3. In the event that a treatment team makes a recommendation to maintain the institutional care or to place an individual in a less integrated setting (e.g., congregate care, nursing home), the treatment team shall identify the barriers to placement in a more integrated setting, describe steps the team will take to address the barriers, and begin engaging the specialized transition team.
4. The State will create a central specialized transition team to assist treatment teams in addressing identified barriers to discharge for individuals whose teams recommend remaining in DPC or an IMD or recommend discharge to a less integrated setting (i.e., congregate care, nursing home) for whom the teams cannot agree on a plan, and for individuals who have intensive behavioral or medical needs.

5. Where the specialized team is unable to identify an appropriate community placement, the case will be referred to the Monitor for review.
6. Individuals who remain in DPC or an IMD after the assessment process will be assessed for transition to more integrated settings at least once every month and more frequently upon request or when there is a change in condition.
7. For individuals on forensic status for whom the treatment team or specialized team recommends community placement, the State shall educate judges about the recommended placement and services and participate where appropriate in judicial proceedings on behalf of those individuals.

#### **B. Implementation of Transition Assessments and Placement**

1. Within 30 days of the signing of the agreement the State will re-assess all individuals currently in institutional settings.
2. Within 60 days of the signing of the agreement the State will make operational transition teams including community provider and peer representatives.
3. Within 60 days of the signing of the agreement the State will make operational a central specialized transition team including community provider and peer representatives.
4. The State shall have as its goal that where a transition team determines that a community placement is the most integrated setting appropriate for an individual currently in DPC or an IMD, that individual will be discharged to the community with necessary supports within 30 days. Between July 1, 2014 and July 1, 2015, the State shall meet this goal for at least 75% of people transitioning from DPC or an IMD. Between July 1, 2015 and July 1, 2016, the State shall meet this goal for at least 95% of people transitioning from DPC or an IMD.
5. By July 1, 2012, the State shall develop a program to educate judges and law enforcement about community supports and services for individuals with mental illness on forensic status.

#### **V. Quality Assurance and Performance Improvement**

- A. The goal of the State's Quality Assurance and Performance Improvement System shall be to ensure that all mental health services funded by the State are of good quality and are sufficient to help individuals achieve positive outcomes, including increased integration and independence, and self-determination in all life domains (e.g., community living, employment, education, recreation, healthcare, and relationships); stable community living, avoidance of harms, and decreased hospitalization and institutionalization.

#### **B. Risk Management**

1. The State will require that DPC, IMDs, and community providers develop transition and service plans that proactively identify and address risks of harm to individuals receiving services. Harm includes any physical or emotional injury, whether caused by abuse, neglect, or accidental causes.
2. When a risk of harm is identified, preventive measures will be developed and implemented.
3. All providers of services will be trained on common harm prevention measures. Staff working with individuals with identified risks must be competent to implement their plans, including the individualized preventive measures.
4. If harm occurs despite these measures, the responsible State, IMD or community provider will complete a root cause analysis within 10 days.
5. Using the results of the root cause analysis, the State, IMD or community provider will develop and implement a corrective action to prevent future harm.
6. The State, IMD or community provider will assess the effectiveness of all corrective actions. If the corrective action does not effectively address the identified harm, a specialized team from the State's Performance Improvement Section will be notified and will assist in developing and implementing a modified corrective action plan. The State specialists will remain involved in the case until the harm is effectively addressed.
7. Each identified harm and the responsive corrective action will be reported to the State's Performance Improvement Section.
8. If the State, IMD, or community provider refuses to report harms, implement corrective actions, or comply with the Performance Improvement Section specialists' recommendations, the State, in consultation with the Monitor, will take appropriate action.
9. The State will develop a detailed process for collecting and utilizing data on risk management at DPC, IMDs, and community providers incorporating the steps listed in V.B.1-8. The process is intended to identify patterns and trends in the quality of care and ensure a continuous loop of performance evaluation and improvement.
10. The Monitor must review and approve the State's risk management process.

#### **C. Contracting**

1. Contracts with community service providers will specifically describe expectations for services provided as well as for outcomes to be achieved.
2. Contracts with community service providers will be performance -based.

#### **D. Quality Service Reviews**

1. The State will use Quality Service Reviews (QSRs) to evaluate the quality of services at an individual, provider and system-wide level. QSRs collect information through a sample of face-to-face interviews of the consumer, relevant professional staff, and other people involved in the consumer's life and through review of individual treatment plans. QSRs evaluate, among other things, whether individuals' needs are being identified, whether supports and services are meeting individuals' needs, and whether supports and services are designed around individuals' strengths and meeting individuals' goals.
2. The State shall design a process for implementing QSRs in conjunction with the Monitor, with input from the United States.
3. The State will conduct QSRs annually, with each community provider providing services under this agreement to be reviewed at least once every two years. Each new provider will be reviewed in the first year it offers services under this agreement.
4. The State will use data from the QSRs to identify strengths and areas for improvement at the individual, provider, and system-wide levels.

#### **E. Use of Data**

1. The State shall collect and analyze data from assessments of the most integrated setting appropriate, including data about barriers to service, in order to refine Olmstead planning and determine whether additional specialized services are needed.
2. The State shall ensure that every community provider assesses the adequacy of the individualized supports and services provided to persons in the target population by collecting and analyzing data, including, but not limited to:
  - a. Number of incidents of harm;
  - b. Number of repeat admissions to DPC, an IMD, or other inpatient psychiatric facilities;
  - c. Use of crisis beds and community hospital admissions;
  - d. Repeat emergency room visits;
  - e. Number of arrests and incarceration;
  - f. Time spent in congregate day programming;
  - g. Number of people employed, attending school, or engaged in community life;
  - h. Acquisition of life skills; and



i. Maintenance of a chosen living arrangement.

3. Each year the State will aggregate and analyze the data collected by the State and by individual providers on the indicators listed in Section V.E.1,2.
4. If data collected under this section shows that the agreement's intended outcomes of increased integration, stable housing, and decreased hospitalization and institutionalization are not occurring, the State will convene a team including the Monitor and representatives of the U.S. Department of Justice, to consider modifications to community services.

**F. Reporting**

1. The State will publish an annual report identifying the number of people served in each type of service described in this agreement.
2. The State will publish an annual report of unmet needs using data gathered during admissions assessments, discharge planning processes, and community provider reports.
3. The State will publish an annual report on the quality of services provided by the State and community providers using data collected through the risk management system, the contracting process, the QSRs, and the outcome data.

**VII. Monitor and Monitoring**

**A. Selection and Replacement of the Monitor**

1. The Parties agree that Robert Bernstein shall be the Monitor.
2. In the event the Monitor resigns or the Parties agree to replace the Monitor, the Parties shall meet and confer within 30 days of the resignation or their agreement, select a replacement, and notify the Court. If they are unable to agree on the replacement Monitor at the meet and confer, the United States and the State shall each, within 21 days of the meet and confer, nominate up to two individuals with expertise in the provision of community services to persons with mental illness. The Court will select the Monitor from among those nominated.

**B. Monitor Powers and Responsibilities**

1. The Monitor is an officer of the Court. The Monitor will review and report on the State's compliance with the agreement. The Parties will cooperate fully with the Monitor. The Monitor will pursue a problem-solving approach so that disagreements can be amicably resolved when possible and the Parties' energies can be devoted to achieving compliance.
2. The Monitor shall have the authority and responsibility to complete the following

actions:

- a. Independently observe and assess the State's compliance with the Agreement.
- b. At least twice a year draft and submit to the Parties and the Court a comprehensive public report on the State's compliance including recommendations, if any, to facilitate or sustain compliance.
- c. Review the adequacy and quality of the individualized supports and services provided to persons (a) discharged from the State hospital or (b) at risk of institutionalization, including those living with families.
- d. Review and make recommendations regarding transition plans where the individual's team and the specialized transition team have been unable to identify an appropriate community placement.
- e. Notify the Parties if the Monitor determines that a life-threatening situation or other emergency exists. This does not relieve the State of its obligation to report and notify the Monitor and the United States of the death or serious physical injury of any individual in DPC or any individuals receiving services in the community pursuant to the Settlement Agreement as specified in Section VI.D.
- f. Independently determine that the specific scope, quantity, or implementation timeline relating to any demanded service be decreased or delayed when it appears that the State's resources might be better utilized to serve the target population.
- g. Mediate any dispute arising out of a Party's position regarding the construction or implementation of this agreement.
- h. Provide the State technical assistance relating to any aspect of this agreement or its stated purposes.

3. In completing the responsibilities listed in VI.B.2. the Monitor may:

- a. Hire staff and consultants as necessary to assist in carrying out the Monitor's duties and responsibilities.
- b. Require written reports from the State concerning compliance.
- c. Enter, with or without advance notice, any part of DPC or any other facility or program providing services to persons covered by this agreement and may interview, on a confidential basis or otherwise, persons affected by the Settlement Agreement. Staff and consultants of the Monitor shall also have such authority.

- d. Access residents, persons, employees, residences, facilities, buildings, programs, services, documents, records, and materials as necessary to assess the State's compliance with and/or implementation of this Settlement Agreement.
- e. Communicate ex parte with the Court or with a Party as well as counsel, agents or staff of a Party or anyone else the Monitor deems necessary for completing his or her responsibilities. The monitor shall have the authority to convene meetings as appropriate.
- f. Testify in this case regarding any matter relating to the implementation, enforcement, or dissolution of the Settlement Agreement, including, but not limited to, the Monitor's observations, findings, and recommendations in this matter.
- g. Determine, using criteria set forth herein, whether the State is in substantial compliance, partial compliance, or non-compliance with its obligations under this Settlement Agreement. The Monitor shall utilize the following criteria when assessing the State's level of compliance with each of the terms of the Settlement Agreement:
  - i. Substantial Compliance. The term "substantial compliance" shall mean that the State has satisfied the requirements of all components of the assessed paragraph. This Settlement Agreement will terminate when the State has achieved substantial compliance with all paragraphs of the agreement and has maintained that substantial compliance for a period of one year. The USDOJ will determine whether the State has, in fact, maintained substantial compliance for the one year period. Non-compliance with mere technicalities, or temporary failure to comply during a period of otherwise sustained compliance will not constitute failure to maintain substantial compliance. At the same time, temporary compliance during a period of sustained non-compliance shall not constitute substantial compliance.
  - ii. Partial Compliance. The term "partial compliance" shall mean that the State has achieved less than substantial compliance with all of the components of a rated paragraph of the agreement, but has made some progress toward substantial compliance on most of the key components of the rated paragraph. A partial compliance rating encompasses a wide range of performance by the State. Specifically, a partial compliance rating can signify that the State is nearly in substantial compliance, or it can mean that the State is only slightly above a non-compliance rating.
  - iii. Noncompliance. The term "non-compliance" shall mean that the

State has made negligible or no progress toward compliance with all of the components of the Settlement Agreement paragraphs being assessed.

**C. Limits on Monitor Liability and Discovery**

1. Neither the Monitor nor any staff or consultants retained by the Monitor, shall be:

- a. Liable for any claim, lawsuit, or demand arising out of their activities under this agreement. This paragraph does not apply to any proceeding for payment under contracts into which they have entered in connection with their work under the Settlement Agreement; any such proceeding shall take place solely before this Court.
- b. Subject to formal discovery, including, but not limited to, deposition(s), request(s) for documents, request(s) for admissions, interrogatories, or other disclosures. In contested litigation, the Parties are not entitled to access the records or communications of the Monitor or any staff or consultants (person or entity) retained by the Monitor. However, the Monitor may provide copies of records or communications at the Monitor's discretion but must disclose to all parties those shared materials. The Court may review the Monitor's records at the Court's discretion.

D. The State promptly shall notify the Monitor and the United States of the death or serious physical injury of any individual in DPC. The State shall notify the Monitor and the United States of the death or serious physical injury of any individuals receiving services in the community pursuant to the Settlement Agreement when such information is known to the State. The State shall, via email, forward to the United States and the Monitor, electronic copies of all completed incident reports and final reports of investigations related to such incidents as well as autopsies and death summaries when such information is known to the State. The submission of any such incident reports, investigative reports, autopsies and death summaries is not intended, and shall not be construed, as a waiver, in litigation with third parties, of any applicable statutory or common law privilege associated with such information. Other than to carry out the express functions as set forth herein, both the United States and the Monitor shall hold such information in strict confidence to the greatest extent permitted by any applicable law or regulation.

E. The State shall collect data with respect to each element of required performance under the terms of the Settlement Agreement and make it available on a timely basis to the Monitor. The submission of any such data element is not intended, and shall not be construed, as a waiver, in litigation with third parties, of any applicable statutory or common law privilege associated with such information. Other than to carry out the express functions as set forth herein, both the United States and the Monitor shall hold such information in strict confidence to the greatest extent permitted by any applicable law or regulation.

**F. Budget of the Monitor**

1. Within 45 days of his/her appointment, the Monitor shall submit to the Court for the Court's approval a proposed budget for the first twelve months of operations.
2. The Monitor will provide the Parties a draft of the proposed budget at least fifteen days in advance of its submission to the Court. The Parties shall raise with the Monitor any objections they may have to the draft of the proposed budget within ten days of its receipt. If the objection is not resolved before the Monitor's submission of a proposed budget to the Court, a Party may file the objection with the Court within ten days of the submission of the proposed budget to the Court. The Court will consider such objections and make any adjustments the Court deems appropriate prior to approving the budget.
3. Thereafter, the Monitor shall submit annually a proposed budget for the Court's approval in accordance with the process set forth above.
4. At any time, the Monitor may submit to the Court for approval a proposed revision to the approved budget, along with any explanation of the reason for the proposed revision. Budget revisions will be effective upon approval by the Court.

#### G. Reimbursement and Payment Provisions

1. The cost of the Monitor, including the cost of any staff or consultants to the Monitor, shall be borne by the State in this action, but the Monitor and the Monitor's staff or consultants are not agents of the State. All reasonable expenses incurred by the Monitor or any of the Monitor's staff in the course of the performance of the duties of the Monitor, shall be reimbursed by the State. The Court retains the authority to resolve any dispute that may arise regarding the reasonableness of fees and costs charged by the Monitor.
2. The State shall deposit \$100,000.00 into the Registry of the Court as interim payment of costs incurred by the Monitor. This deposit and all other deposits pursuant to this Order shall be held in the Court Registry Investment System and shall be subject to the standard registry fee imposed on depositors.
3. The Monitor shall submit monthly statements to the Court, with copies to the Parties, detailing all expenses the Monitor incurred during the prior month. The Court shall order the clerk to make payments to the Monitor. The clerk shall make those payments within 10 days of the entry of the Order directing payment. Within 45 days of the entry of each Order directing payment, the State shall replenish the fund with the full amount paid by the clerk in order to restore the fund's total to \$100,000.00.
4. The Monitor shall not enter into any contract with the State while serving as the Monitor. If the Monitor resigns from his or her position as Monitor, the former Monitor may not enter any contract with the State on a matter related to this Settlement Agreement without the written consent of the United States while this Settlement Agreement remains in effect.

## VII. Construction and Termination

- A. The Parties agree jointly to file this agreement with the United States District Court for the District of Delaware. The joint motion shall request that the Court enter the Settlement Agreement as an order of the Court.
1. The Parties anticipate that the State will have substantially complied with all provisions of the Settlement Agreement by July 1, 2016. Substantial compliance is achieved where the State has implemented all of the provisions of the agreement. Any violations of the agreement that are minor or occasional and are not systemic shall not be deemed non-compliance.
  2. The Court shall retain jurisdiction of this action for all purposes until the State has substantially complied with all provisions of this Settlement Agreement and maintained substantial compliance with all provisions for one year. The Parties may agree to ask the Court to terminate the Settlement Agreement before the end of the anticipated five-year term, provided the State has substantially complied with all provisions of the Settlement Agreement and maintained substantial compliance with all provisions for one year. If the case has not yet been dismissed, the Parties agree to ask the Court for a non-evidentiary hearing on the status of compliance on or near July 1, 2016. If the Parties agree that there is non-compliance, or if there is a dispute about compliance, the Parties will so inform the Court, and the Court may set additional hearing dates as appropriate. If the State asserts that it is in compliance and the United States disputes the claim, the State shall bear the burden of demonstrating that it is in substantial compliance. The Parties may agree jointly at any time to allow for additional time to resolve compliance issues.
- B. This Settlement Agreement may terminate prior to July 1, 2016 if the United States certifies that the State has substantially complied with each of the provisions of the agreement and has maintained substantial compliance for at least one year. The burden shall be on the State to demonstrate this level of compliance.
- C. With the exception of conditions or practices that pose an immediate and serious threat to the life, health, or safety of individuals covered by this agreement, if the United States believes that the State has failed to fulfill any obligation under this Settlement Agreement, the United States shall, prior to initiating any court proceeding to remedy such failure, give written notice to the State which, with specificity, sets forth the details of the alleged noncompliance.
1. With the exception of conditions or practices that pose an immediate and serious threat to the life, health, or safety of individuals covered by this agreement, the State shall have forty-five (45) days from the date of such written notice to respond to the United States in writing by denying that substantial noncompliance has occurred, or by accepting (without necessarily admitting) the allegation of noncompliance and proposing steps that the State will take, and by when, to cure the alleged noncompliance.

2. If the State fails to respond within 45 days or denies that substantial noncompliance has occurred, the United States may seek an appropriate judicial remedy.
- D. If the State timely responds by proposing curative action by a specified deadline, the United States may accept the State's proposal or offer a counterproposal for a different curative action or deadline, but in no event shall the United States seek an appropriate judicial remedy for the alleged noncompliance until at least 30 days after the State has responded under VII.C.2. above and until the Parties have conferred in good faith to resolve any outstanding differences.
1. The Parties may extend by mutual agreement the time period specified in this paragraph. If the Parties reach an agreement that varies from the provisions of this Settlement Agreement, the new agreement shall be reduced to writing, signed, and filed with the Court for approval.
  2. If the Parties fail to reach agreement on a plan for curative action, the United States may seek an appropriate judicial remedy.
- E. If the United States believes that conditions or practices pose an immediate and serious threat to the life, health, or safety of individuals in DPC or receiving the community services required under this agreement, the United States may, without further notice, initiate a court proceeding to remedy those conditions or practices.
- F. The Parties agree to work collaboratively to achieve the ultimate goal of achieving full compliance with the requirements of the law relating to the provision of adequate mental health services to the target population in the most integrated setting. In the event of any dispute over the language or construction of this agreement, its requirements, or its congruence with the requirements of the law, the Parties agree to meet and confer in an effort to achieve a mutually agreeable resolution. If after meeting and conferring, the Parties fail to agree, the Parties may submit the matter to the District Court for a determination and opinion as to the language or construction of this agreement.
- G. A party may seek relief from the terms of this agreement by establishing that a significant change in facts or law warrants revision of the agreement and that the proposed modification is suitably tailored to the changed factual or legal circumstances. In the event that a party seeks such relief, it is hereby agreed that Fed. R. Civ. P. 60(b)(4-6) provides legally appropriate bases for such relief.
- H. Nothing in this agreement is intended to require the State to force services required by this agreement upon individuals within the target population or override their right to make choices, including their right to refuse treatment or services consistent with state and federal law. For this reason, the Parties agree that the State's level of compliance with the terms of this Settlement Agreement shall not be affected by the refusal of any individual to accept or utilize any of the services set forth herein.
- I. The Parties intend to allow the State to leverage the funding of the services listed herein to the fullest extent permitted by available federal, State, and private funding. Nothing in this

Settlement Agreement shall preclude the State from seeking authority from the Center for Medicare and Medicaid Services at the United States Department of Health and Human Services for approval of coverage of Medicaid services under a different name than that used in this Settlement Agreement provided the State can demonstrate that the coverage for such services is otherwise legally permitted. In the event that the definitions and terms used in this Settlement Agreement create any difficulty in the State's utilization of funding from any federal, State, or private source, the Parties agree to work collaboratively to maximize the State's ability to access such funding.

- J. This Settlement Agreement shall constitute the entire integrated Settlement Agreement of the Parties.
- K. Any modification of this Settlement Agreement shall be executed in writing by the Parties, shall be filed with the Court, and shall not be effective until the Court enters the modified agreement and retains jurisdiction to enforce it.
- L. The Settlement Agreement shall be applicable to, and binding upon, all Parties, their employees, assigns, and their successors in office. If the State contracts with an outside provider for any of the services provided in Sections II-V of this agreement, the agreement shall be binding on any contracted parties, including agents and assigns.
- M. The State shall ensure that all appropriate State agencies take any actions necessary for the State to comply with provisions of this Settlement Agreement.
- N. By entering into this Settlement Agreement, the State parties do not admit the truth or validity of any claim made against them by the United States. The State does not speak for the Delaware General Assembly, which has the power under the Delaware Constitution and laws to determine the appropriations for, and to amend the laws respecting, the State of Delaware's programs for mental health. However, the State parties acting under their existing authority agree that it will be a condition of their conduct of the programs covered by this agreement to comply with the Settlement Agreement.
- O. If the State fails to attain necessary appropriations to comply with this Settlement Agreement, the United States has the right to withdraw its consent to this agreement and revive any claims otherwise barred by operation of this Settlement Agreement.
- P. The United States and the State shall bear the cost of their fees and expenses incurred in connection with this case.

### **VIII. General Provisions**

- A. The Settlement Agreement is binding on all successors, assignees, employees, agents, contractors, and all others working for or on behalf of the State to implement the terms of this Settlement Agreement.
- B. The State agrees that it shall not retaliate against any person because that person has filed or may file a complaint, provided assistance or information, or participated in any other manner



in the United States' investigation or the Monitor's activities related to this agreement. The State agrees that it shall timely and thoroughly investigate any allegations of retaliation in violation of this agreement and take any necessary corrective actions identified through such investigations.

- C. If an unforeseen circumstance occurs that causes a failure to timely fulfill any requirements of this agreement, the State shall notify the United States and the Monitor in writing within 20 calendar days after the State becomes aware of the unforeseen circumstance and its impact on the State's ability to perform under the agreement. The notice shall describe the cause of the failure to perform and the measures taken to prevent or minimize the failure. The State shall take all reasonable measures to avoid or minimize any such failure.
- D. Failure by any Party to enforce this entire agreement or any provision thereof with respect to any deadline or any other provision herein shall not be construed as a waiver, including of its right to enforce other deadlines and provisions of this agreement.
- E. The Parties shall promptly notify each other of any court or administrative challenge to this agreement or any portion thereof, and shall defend against any challenge to the agreement.
- F. The Parties represent and acknowledge this Settlement Agreement is the result of extensive, thorough and good faith negotiations. The Parties further represent and acknowledge that the terms of this Settlement Agreement have been voluntarily accepted, after consultation with counsel, for the purpose of making a full and final compromise and settlement of any and all claims and for the express purpose of precluding any further or additional claims arising out of the allegations set forth in the complaints and pleadings in these Actions. Each Party to this Settlement Agreement represents and warrants that the person who has signed this Settlement Agreement on behalf of his or her entity is duly authorized to enter into this Settlement Agreement and to bind that Party to the terms and conditions of this Settlement Agreement.
- G. Nothing in this Settlement Agreement shall be construed as an acknowledgement, an admission, or evidence of liability of the State under the Constitution of the United States, federal or state law, and this agreement may not be used as evidence of liability in this or any other civil or criminal proceeding.
- H. This Settlement Agreement may be executed in counterparts, each of which shall be deemed an original, and the counterparts shall together constitute one and the same agreement, notwithstanding that each party is not a signatory to the original or the same counterpart.

## **IX. Implementation of the Agreement**

- A. The implementation of this Settlement Agreement shall begin immediately upon the Effective Date, which shall be the date on which this Settlement Agreement is approved and entered as an order of the Court.
- B. Within one month from the effective Date of this Settlement Agreement, the State shall

appoint a Settlement Agreement Coordinator to oversee compliance with this Settlement Agreement and to serve as a point of contact for the United States and the Monitor.

- C. The State shall maintain sufficient records to document that the requirements of this Settlement agreement are being properly implemented and shall make such records available to the Monitor and the United States for inspection and copying on a reasonable basis. Such action is not intended, and shall not be construed, as a waiver, in litigation with third parties, of any applicable statutory or common law privilege associated with such information. Other than to carry out the express functions as set forth herein, both the United States and the Monitor shall hold such information in strict confidence to the greatest extent permitted by any applicable law or regulation.
- D. The State shall work collaboratively with the Monitor, and, where appropriate, with the United States, in developing its implementation plans. In order to determine compliance with this Settlement Agreement, and to the extent they are within the State's custody or control, the Monitor and the United States shall have full access to persons, employees, residences, facilities, buildings, programs, services, documents, records, and materials that are necessary to assess the State's compliance and/or implementation efforts with this Settlement Agreement. Such access shall include departmental and/or individual medical and other records. The Monitor and the United States shall provide reasonable notice of any visit or inspection. The Parties agree in cases where there is an emergency situation that presents an immediate threat to life, health or safety of individuals, neither the United States nor the Monitor will be required to provide the State notice of such visit or inspection. Such access shall continue until this case is dismissed. Such access as set forth herein is not intended, and shall not be construed, as a waiver, in litigation with third parties, of any applicable statutory or common law privilege associated with such information. Other than to carry out the express functions as set forth herein, both the United States and the Monitor shall hold such information in strict confidence to the greatest extent permitted by any applicable law or regulation.

**X. "Notice" under this agreement shall be provided by overnight courier to the following or their successors:**

Chief of the Special Litigation Section  
United States Department of Justice  
Civil Rights Division  
601 D St., NW  
Washington, D.C. 20004

Attorney General  
Delaware Department of Justice  
New Castle County  
820 North French St.  
Wilmington, DE 19801

Secretary of DHSS  
1901 North DuPont Highway  
Administration Building, 1st Floor  
New Castle, DE 19720

FOR THE UNITED STATES:

---

THOMAS E. PEREZ  
Assistant Attorney General  
Civil Rights Division

---

SAMUEL R. BAGENSTOS  
Principal Deputy Assistant Attorney General  
Civil Rights Division

---

JONATHAN SMITH  
Chief  
Special Litigation Section

---

JUDY C. PRESTON  
Deputy Chief  
Special Litigation Section

---

ALISON N. BARKOFF  
Special Counsel for Olmstead Enforcement  
Civil Rights Division

---

DAVID DEUTSCH  
DEENA FOX  
Senior Trial Attorneys  
U.S. Department of Justice  
Civil Rights Division  
Special Litigation Section

FOR THE STATE OF DELAWARE:

---

RITA M. LANDGRAF  
Secretary

Delaware Department of Health and Social  
Services

---

LAWRENCE W. LEWIS  
Delaware State Solicitor

---

ILONA KIRSHON  
Deputy Attorney General

---

AARON R. GOLDSTEIN  
Deputy Attorney General

---

RALPH K. DURSTEIN  
Deputy Attorney General

SO ORDERED this \_\_\_\_\_ day of \_\_\_\_\_,  
2011

UNITED STATES DISTRICT JUDGE

---

Case 1:11-cv-00591-LPS Document 4-1 Filed 07/06/11 Page 1 of 2

PageID #: 15

**UNITED STATES DISTRICT COURT  
FOR THE DISTRICT OF DELAWARE**

UNITED STATES OF AMERICA,

Plaintiff,

v.

STATE OF DELAWARE,

Defendants

)  
)  
)  
)  
)  
)  
)  
)  
)  
)  
)

CIVIL ACTION NO: 11-591-LPS

)  
)**ORDER ENTERING SETTLEMENT AGREEMENT**

The United States and the State of Delaware have determined that entering into a Settlement Agreement concerning the rights of individuals in Delaware with serious and persistent mental illnesses to be served in the most integrated settings appropriate to their needs, rather than contested litigation, is the best way to resolve the United States' claim in this matter.

After reviewing the Settlement Agreement, and in consideration of the parties' Joint Motion for Entry of Settlement Agreement, the Court hereby

ORDERS that the parties' Joint Motion is GRANTED; and the Court further

ORDERS that the Settlement Agreement shall be entered as an order of the Court; and the Court further

ORDERS that the Court shall retain jurisdiction over this case to enforce the terms of the Settlement Agreement until this case is dismissed; and the Court further

ORDERS that the Court shall have the power to enforce the Settlement Agreement through all remedies that the law permits.

IT IS SO ORDERED

Dated this 15th day of July, 2011

\_\_\_\_\_  
UNITED STATES DISTRICT JUDGE

[PDF version of signed Order Entering Consent Decree](#)

---

[Return to Settlements](#) | [DOJ Olmstead Litigation](#) | [ADA Home Page](#)

Last updated July 28, 2011